J. rom. M.
385 m - 1

Overbeck

Meditationen
über
verschiedene
Rechtsmaterien
von
zweyen Rechtsgelehrten.

Erster Band.

Braunschweig,
bei Carl August Schröder, 1788.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorbericht.

Wir werden nicht nöthig haben, mit unserm Leser hier weitläuftig von der Einrichtung dieser Meditationen zu reden, ein jeder wird diese, bey Lesung derselben, am besten übersehen und beurtheilen können.

Die Ordnung ist von uns willkührlich gewählt, und jede Materie, so wie sie uns vorgefallen, abgehandelt. Im Grunde ist dieses auch von keiner Wichtigkeit, und von wenigen, die auf gleiche Art geschrieben, beobachtet. Man verlangt hier ja kein System über unsere Rechtswissenschaft; wäre dies, so würde die Befolgung einer gewissen Ordnung um desto nothwendiger seyn.

Diese Meditationen haben wir besonders zum Gebrauch für angehende Rechtsgelehrte bestimmt, und so eingerichtet, daß wir so wohl die Gründe für, als wider die angenommene Meynung angeführt, dabey auch jederzeit die Schriftsteller angemerkt, welche die Materie noch weiter abgehandelt haben.

Beides ist, wie jeder gern zugeben wird, von großem Nutzen. Man lernt dadurch nicht nur die Gründe, auf welche jede Meinung gebauet ist, kennen, und sieht daraus, wie schwach oft die Gründe sind, welche zuweilen die größten Rechtsgelehrten zur Behauptung eines Satzes bewogen haben; sondern man wird dadurch auch in den Stand gesetzt, durch Zusammenhaltung und Prüfung beiderseitiger Gründe den Ausschlag unter den verschiedenen Meinungen desto leichter zu treffen.

Eben so ist es auch von nicht geringem Vortheil, gleich die Schriftsteller angemerkt zu sehen, die jede Materie weiter ausgeführt haben. Anfänger erlangen dadurch nicht nur eine kleine litterarische Kenntniß, sondern haben dabey noch den Vortheil,

theil, ohne große Mühe die Ausführung der Materien in andern Schriften zu finden, da nachzulesen, und sich daher noch weiter Raths zu erholen.

Unsere Arbeit haben wir zwar bisher größtentheils auf die Ausarbeitung solcher Materien eingeschränkt, die ins bürgerliche Recht einschlagen; vielleicht werden wir sie aber künftig auch noch auf andere Theile der Rechtswissenschaft ausdehnen. Wir wünschen nur — und dies wird uns ein bescheidenes und vernünftiges Urtheil solcher Männer, die zu urtheilen Fähigkeit haben, lehren — daß wir unsere Arbeit nicht ganz ohne Nutzen unternommen, und den vorgenommenen Zweck nicht ganz verfehlt haben. Haben wir die Gründe für jede Meinung geprüft vorgetragen; nach den wichtigsten unser Urtheil eingerichtet; die gegenseitigen gehörig widerlegt; und sind wir bey Auswahl der Materien vorsichtig genug gewesen: so wird, hoffen wir, unserer Arbeit nicht aller Nutzen abgesprochen werden können. Wir haben freilich nicht immer solche Materien wählen können, die allen von gleicher Wichtigkeit sind, und nicht alle diejenigen weg-

 lassen

lassen können, die vielleicht vielen unerheblich scheinen — eine Forderung, die keiner erfüllen wird — aber dieses schadet der Sache nichts; wir wollten ja auch nur hauptsächlich für Anfänger, oder doch solche schreiben, die sich noch nicht lange mit dieser Wissenschaft beschäftiget haben. Nach diesem Plan muß man uns also beurtheilen.

Sollte uns ein vernünftiges und unpartheiisches Urtheil zeigen, in welchen Stücken wir noch hauptsächlich gefehlt, wie wir unsere Arbeit noch besser und zweckmäßiger einrichten könnten: so werden wir diesem künftig, so weit solches möglich, gewiß nachzukommen suchen. Eine richtige Belehrung darüber wird uns immer angenehm und willkommen seyn.

Ver-

Verzeichniß der Meditationen.

I.

Ein gerichtliches Testament wird dadurch nicht ungültig, wenn es der Testirer aus dem Gericht zurücknimmt Seite 1

II.

Das erste Testament wird immer durch ein zweytes gültiges Testament aufgehoben, wenn auch gleich dem erstern die clausula derogatoria angehängt, und im letztern nicht widerrufen ist 6

III.

Eine Braut hat an den Gütern ihres Bräutigams keine stillschweigende Hypothek, wenn sie ihren Brautschatz vor der Ehe eingebracht hat, und die Ehe nicht zu Stande kommt 12

IV.

Auch bey Subhastationen findet das remedium L. 2. C. de rescind. vend. statt 18

V.

Zum Codicill eines Blinden werden sechs Zeugen, und zu einer Schenkung auf den Todesfall fünf Zeugen erfordert 26

VI.

Die Retorsion findet bey einem Moratorium nicht statt 31

VII.

Bey einem Vergleich findet das beneficium L. 2. C. de rescind. vend. nicht statt 36

VIII.

Mit dem Verkauf eines Erbrechts wird auch zugleich das ius accrescendi auf den Verkäufer transferirt 49

IX.

In wie weit abgetheilte Kinder an den Orten, wo die Gemeinschaft der Güter ist, auf die großväterliche Erbschaft Anspruch machen können 59

X.

Bey Auszahlung eines Vermächtnisses sieht man lediglich auf die Münzsorte, die zur Zeit, da

das

das Legat vermacht, nicht auf die Zeit, da der Testirer gestorben, gangbar gewesen 62

XI.

Von dem Recht, Freymeister zu setzen 66

XII.

Den Römern war die tutela pactitia unbekannt 70

XIII.

Zur Verjährung der persönlichen Klagen wird immer eine bona fides erfodert 74

XIV.

Eine Schenkung auf den Todesfall, die unter der Bedingung eingegangen, daß man sie gar nicht widerrufen wolle, wird eine Schenkung unter den Lebendigen 82

XV.

Vom Verkaufsrecht, und wie fern es an einen Dritten kann abgetreten werden 87

XVI.

Der Genuß eines für die studirende Jugend ausgesetzten Familienstipendiums schränkt sich nicht blos auf die Zeit ein, da einer auf Schulen und Universitäten gewesen ist, sondern ein sol-

solches Stipendium kann unter gewissen Umständen auch noch nachher gehoben werden 93

XVII.

Eine geschwächte Person kann auch alsdann eine Ausstattung verlangen, wenn sie den Stuprator wegen naher Verwandtschaft nicht heirathen kann 102

XVIII.

Durch die querela inofficiosae donationis wird die ganze Schenkung revocirt 106

XIX.

Bey Verpachtung der Landgüter ist es dem Verpachter nicht erlaubt, dem Pachter vor abgelaufenem Pachtcontract die Pacht aufzukündigen, wenn er etwa die Landgüter selbst zum Gebrauch nöthig haben sollte 118

XX.

Wenn jemand auf eine gewisse Zeit etwas zu bezahlen schuldig ist, und dieses vor der Zeit bezahlt hat, so er kann so wenig das Kapital als die Zinsen von der mittlern Zeit wiederfordern 124

XXI.

Eine Ehefrau wird allen Gläubigern ihres Mannes in Ansehung des Brautschatzes vorgezogen,

gen,

gen, wenn jene auch gleich eine åltere Hypothek auf dessen Gůter haben sollten 131

XXII.

Wer jemandem zur Ankaufung einer Sache Geld geliehen, der erhålt an der Sache keine stillschweigende Hypothek 140

XXIII.

Die Zinsen hören deswegen nicht auf zu laufen, wenn gleich der Richter das Capital mit Arrest belegt haben sollte 144

XXIV.

Wenn ein hypothekarischer Glåubiger in eine anderweitige Verschreibung seiner Hypothek willigt, so hat er dadurch nicht sein Pfandrecht selbst, sondern nur sein Vorzugsrecht (ius prioritatis) erlassen 149

XXV.

Enkel sind nicht schuldig, das zu conferiren, was ihr Vater von ihrem Großvater erhalten hat, falls sie die våterliche Erbschaft ausschlagen, und von ihrem Großvater allein erben wollen 157

XXVI.

Wenn Enkel die våterliche Erbschaft antreten, so můssen sie auch das conferiren, was ihr Vater, falls er noch gelebt håtte, zu conferiren schuldig gewesen wåre ebendas.

XXVII.

XXVII.

Das Interdictum quod legatorum geht nicht auf Schenkungen auf den Todesfall . . 164

XXVIII.

Ein pactum vsurarium macht den ganzen Contract, dem es beygefügt ist, nicht ungültig 170

XXIX.

Wenn ein Contract wegen einer Verletzung über die Hälfte aufgehoben wird, so werden die von der im Besitz gehabten Sache gehobenen Früchte nicht restituirt 176

XXX.

Um die actio publiciana anzustellen, wird nicht erfordert, daß der Kläger beständig in bona fide muß gewesen seyn 182

XXXI.

Ein Vormund ist nicht schuldig, Zinsen von Zinsen zu bezahlen, wenn er seinem Pupillen ein Capital schuldig ist, und davon keine Zinsen bezahlt hat 188

XXXII.

Ein Substitute kommt auch alsdann zur Erbschaft, wenn ein Minderjähriger gleich die Erbschaft angetreten, sich aber nachher dawider in den vorigen Stand hat restituiren lassen 194

XXXIII.

XXXIII.

Ein dritter Besitzer einer Specialhypothek kann der Regel nach nicht eher belangt werden, bis der Hauptschuldner ausgeklagt ist 202

XXXIV.

Bey der Erbfolge der Halbgeschwister nimmt man auf die Verschiedenheit der Güter Rücksicht 209

XXXV.

Der Verpachter eines Land- (Feld-) Guts hat an den eingebrachten Sachen des Pachters keine stillschweigende Hypothek 214

XXXVI.

Die Frau kann von ihrem verschuldeten Ehemanne auch alsdann ihren eingebrachten Brautschatz wieder zurückfordern, wenn sie gleich bey ihrer Verheirathung dessen verschuldeten Zustand gewußt hat 221

XXXVII.

Die Erben des Pupillen haben auf die Güter des Vormundes eine stillschweigende Hypothek 228

XXXVIII.

Ein zum Vormund bestellter Gläubiger des Pupillen verliert seine Schuldforderung nicht, wenn sie allgemein bekannt gwesen ist, und er sie bey Uebernahme der Vormundschaft nicht angegeben hat 232

XXXIX.

XXXIX.

Ein auf einem Lehnsgut gefundener Schatz gehört halb dem Finder und halb dem Lehnsherrn 239

XL.

Wenn einer wegen feindlicher Ueberfälle in verschiedenen Jahren das Erbzinsgut so wenig benutzen als bewohnen kann, so kann ihm deswegen die Emphyteusis nicht genommen werden, wenn er nicht in der gesetzlichen Zeit den Canon bezahlt hat 244

XLI.

Der Niesbrauch wird dadurch nicht verloren, wenn er einem Dritten abgetreten wird 249

XLII.

Auch durch den Mißbrauch wird der Niesbrauch nicht verloren 256

XLIII.

Die Einrede des macedonianischen Rathsschlusses findet in Absicht des Rests einer Schuldforderung nicht Statt, wenn der Sohn, da er sein eigner Herr geworden, einen Theil der Schuld bezahlt hat. 260

XLIV.

Unter der in einer Pfandverschreibung befindlichen Clausel: Bey Verpfändung aller Haab und Güter,

Güter, beweg- und unbeweglich, sind auch die ausstehenden Forderungen mit begriffen 265

XLV.

Bey einer zu einem gewissen Endzweck geliehenen Sache (commodatum) findet die Compensation nicht Statt 270

XLVI.

Demjenigen kann die Compensation entgegengesetzt werden, dem eine Forderung abgetreten ist 275

XLVII.

Ein Erbe kann der Regel nach immer die Quarta falcidia abziehen, aber nicht wenn es ihm vom Testirer ausdrücklich verboten ist 283

XLVIII.

Ein Erbe, der mit einem Fideicommiß beschweret ist, verliert die Quarta trebellianica nicht wenn er gleich kein Inventarium gemacht hat 291

XLIX.

Ein eidliches Versprechen, eine Schuld zu bezahlen, schließt die Compensation nicht aus 301

L.

Der Niesbrauch, welchen der Vater an dem Pflichttheil seiner Kinder hat, den sie aus der müt-

mütterlichen Erbschaft erhalten, kann ihm durch ein von der Mutter errichtetes Testament nicht genommen werden 308

LI.

Das edictum diui Marci findet heut zu Tage noch Statt 313

LII.

Wenn jemand wider das anastasianische Gesetz für eine geringere Summe eine Forderung von einem Dritten an sich gekauft hat, so kann er nicht mehr von dem Schuldner einklagen, als er für die Forderung gegeben hat; was darüber ist, lucrirt der Schuldner 324

LIII.

Der Käufer muß die Gefahr der gekauften Sache tragen, wenn sich auch gleich der Verkäufer das Eigenthum darauf wegen nicht bezahlten Kaufschillings sollte vorbehalten haben 332

LIV.

Die Enterbung findet wegen solcher Ursachen nicht statt, die in der Novelle 115 Kap. 3 und 4 nicht ausgedrückt sind 341

Erste

Erste Meditation.

Ein gerichtliches Testament wird dadurch nicht ungültig, wenn es der Testirer aus dem Gericht zurücknimmt.

§. 1.

Es sind in unsern Gesetzen verschiedene Fälle angegeben, wodurch ein gültiges Testament seine Kraft verlieren kann; und zu diesen rechnen auch einige den Fall, wenn ein Testirer ein beym Gericht niedergelegtes Testament aus dem Gericht wieder zurücknimmt.

§. 2. Eine nähere Entwickelung und Untersuchung dieser streitigen Rechtsmaterie wird gewiß nicht ohne Nutzen seyn, wenn man nur bedenkt, wie leicht dieser Fall vorkommen kann, und wie gewöhnlich es ist, Testamente als ungültig anzufechten, und den eingesetzten Erben ihr Erbrecht streitig zu machen und zu entreißen. Zudem fehlt es auch hier nicht an Vertheidigern beyderseitiger Meinungen; ja selbst verschiedene Facultäten, denen dieser Fall zur Entscheidung vorgelegt worden, haben theils auf die Gültigkeit des Testaments, theils auch dagegen gesprochen.

§. 3. Die Beurtheilung und Entscheidung dieses streitigen Falles wird sich daraus am besten ergeben, wenn wir hier erst die Gründe, die man wider die Gültigkeit eines solchen Testaments vorbringt, ins kurze zusammenfassen, und dann die Gründe dafür nebst unsrer Meinung anführen.

§. 4. Ein gerichtliches Testament soll alsdann nur seine Gültigkeit behalten, und als ein gerichtliches Testament bestehen können, wenn es gehörig im Gericht niedergelegt worden a), und daselbst beständig aufbewahrt bleibet b). Sobald daher die zu einem Testament erforderlichen Solennitäten wieder aufgehoben würden, — welches alsdenn nothwendig erfolge, wenn jemand sein im Gericht niedergelegtes Testament wieder zurücknehme, — so könnte auch schlechterdings das Testament selbst nicht weiter bestehen. Zudem wäre die Zurücknahme des Testaments eine große Vermuthung, daß der Testirer sein Testament hiedurch habe stillschweigend wieder aufheben wollen.

§. 5. Dieß werden ohngefähr die Hauptgründe seyn, deren man sich wider die Gültigkeit eines solchen, aus dem Gericht zurückgenommenen Testaments bedienet. Allein auch jene Gründe werden bey näherer Prüfung von keinem großen Gewicht

a) L. 19. C. de testament.
b) L. 18. C. eod.

Gewicht bleiben, und hoffentlich schon durch die diesseitigen Gründe von selbst zerfallen.

§. 6. Ein jedes gerichtliches Testament erlangt hauptsächlich durch die Insinuation, oder die Uebergebung des Testaments ans Gericht, seine volle Gültigkeit. Dieses ist ein wesentliches Stück eines solchen Testaments; es ist aber doch gleichviel, ob das Testament von Gerichts wegen im Hause des Testirers aufgenommen, oder dem Gericht selbst übergeben wird. Ist ein solches Testament nun einmal dem Gericht übergeben, so bleibt es auch ein gerichtliches Testament, und es schadet ihm nichts, wenn es gleich nachher der Testirer vom Gericht wieder wegnimmt.

§. 7. In den Gesetzen ist auch nirgends befohlen, und es wird auch eben so wenig als ein wesentliches Stück eines gerichtlichen Testaments erfordert, daß ein solches Testament immer im Gericht verbleiben müsse. Es ist genug, wenn der actus testanti gerichtlich vollzogen ist c). Da also dieses blos etwas zufälliges ist, wenn ein gerichtliches Testament beständig im Gericht bleibet, so stehet es auch dem Testirer frey, hievon abzugehen; und dieses kann daher auch der Gültigkeit des Testaments gar nicht schaden.

c) L. 19. C. de testament. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 153. §. 4. seqq.

§. 8. Die von der Gegenseite angeführte *L. 18. C. de testamentis* d), woraus sie den stärksten Grund für ihre Meinung nimmt, kann hier auch nicht die geringste Entscheidung abgeben.

Dieses Gesetz redet gar nicht von dem Fall, daß niemand sein einmal beym Gericht niedergelegtes Testament wieder zurücknehmen dürfe, sondern es wird hierin nur gesagt, daß diejenigen Testamente, die einmal bey dem magister census niedergelegt wären, auch bey ihm aufbewahrt bleiben müßten, und daß man nachher dieses Testament keinem andern Richter zur Aufbewahrung übergeben dürfe. Ob man aber deswegen das Testament nicht vom Gericht zurücknehmen, und bey sich aufbewahren konnte, davon wird in diesem Gesetze nichts gesagt, und läßt sich auch daraus gar nicht erweisen e).

§. 9. So wenig dieses Gesetz im gegenwärtigen Falle Anwendung findet, eben so wenig läßt sich auch aus der bloßen Zurücknahme des Testaments aus dem Gericht die Vermuthung hernehmen, daß der Testirer stillschweigend seinen letzten

d) Testamenta omnia, ceteraque, quae apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reseruentur, nec usquam permittatur, fieri vlla translatio.

e) *Richter* tripartita interpretatio tit. Cod. Lib. VI. L. 18. *Carpzov* P. 3. concl. 3. def. 30. n. 25. *Conradi* de testam. publico §. 7. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 153. §. 9 seqq.

letzten Willen habe aufheben wollen. Hat der Testator dieses nicht auf andere Art zu erkennen gegeben, z. B. wenn er es entzwey gerissen, so läßt sich dieses auf keine Weise daraus schließen, besonders da die Gesetze zur Widerrufung oder Aufhebung des Testaments eine ausdrückliche Erklärung vom Testirer verlangen, und nie in zweifelhaften Fällen die Widerrufung vermuthen f). In gegenwärtigem Fall aber kann man auf keine Weise dieses behaupten: denn wie oft kann einer nicht in die Nothwendigkeit gesetzt werden, sein Testament vom Gerichte zurückzunehmen, und sich in dem Falle befinden, es nicht dem Gerichte wiedereinhändigen zu können! Sollte man hier also gleich dem Testamente seine Kraft und Gültigkeit absprechen, da es unsere Gesetze nicht thun? Würde das nicht wider alle Billigkeit, und selbst wider das Recht urtheilen heißen? — Die meisten Rechtsgelehrten haben daher auch dieser Meinung beygepflichtet g), und nur wenige sind jener mehr zugethan h).

f) L. 27. C. de testam. §. 7. I. quib. mod. testam. infirm.

g) *Berlich* P. 3. concl. 4. n. 46. *Carpzov* l. c. *Schilter* ex 38. §. 71. seqq. *Richter* dec. 54. n. 13. *Strik* vſ. modern. tit. de iniust. rupt. et irrit. test. §. 8. et in caut. testam. cap. 7. §. 45. 46. *Leyser* sp. 359. med. 13. *Pufendorf* l. c.

h) *Finkelthaus* obſ. 12. *Henne* de testam. publ. per repetitionem ab actis vel script. princip. rupto.

Zweyte Meditation.

Das erste Testament wird immer durch ein zweytes gültiges Testament aufgehoben, wenn auch gleich dem erstern die clausula derogatoria angehängt, und im letztern nicht widerrufen ist.

§. 1.

Es ist bekannt, daß nach den römischen Gesetzen sich niemand des Rechtes ein Testament zu machen begeben, noch auf eine Weise seine Freyheit hiezu einschränken konnte. So wenig Verträge, als Eide hatten hier die geringste Verbindlichkeit; jedem stand es frey, ohne Strafe hievon abzugehen. Heut zu Tage sind wir freylich in vielen Stücken von diesen Verordnungen abgegangen; allein ohne uns hiebey weiter aufzuhalten, wollen wir jetzt zur Untersuchung der Frage übergehen: ob eine clausula derogatoria, die dem ersten Testament angehängt ist, auch alsdann von Wirkung bleibe, wenn der Testirer ein zweytes Testament gemacht, und diese Clausel nicht widerrufen hat?

§. 2. Wir wollen hier den Fall annehmen, es hat jemand eine gewisse Person im Testamente zum Erben eingesetzt, und die Clausel angehängt: **Falls ich auch künftig noch eine andere**

Willensverordnung machen sollte, so soll dieses Testament dennoch immer unverbrüchlich gelten; — hernach aber doch ein anderes Testament gemacht, und, ohne darin dieser Clausel zu gedenken, eine andere Person zu seinem Erben eingesetzt: soll hier das erste, oder das letzte Testament gelten?

§. 3. Geht man auf die ersten Grundsätze, die die Römer bey der Testamentslehre festsetzten, zurück, ohne andere Gründe noch zu Hülfe zu nehmen, so kann man im gegenwärtigen Falle nicht anders, als das erste Testament für ungültig erklären. Es ist schon oben §. 1. gesagt, daß die Römer sich auf keine Weise des Rechtes, ein Testament zu machen, begeben konnten; die Gesetze a) verboten dieses ausdrücklich: ist also dieses nicht erlaubt, so folgt von selbst, daß eine clausula derogatoria von keiner Wirkung seyn könne, sobald der Testirer davon abgeht.

§. 4. Ein jedes Testament empfängt auch, wie bekannt, erst durch den Tod des Testirers seine Verbindlichkeit; vor seinem Tode kann er es so viel einschränken, verändern, oder gar aufheben, wie er will: die Gesetze b) sehen nur einzig und allein auf seinen letzten Willen.

a) L. 22 ff. de legat. 3. *verb.* Nemo enim eam sibi potest legem dicere, vt a priore ei recedere non liceat.

b) §. 2. I. quib. mod. testam. infirm. L. 27. C. de testam. L. 6. §. 2 ff. de iure codicill.

Wie kann also im gegenwärtigen Falle, wenn man diese Grundsätze annimmt, das erste Testament von verbindender Kraft bleiben, da doch der Testirer durch das letzte Testament seine vorige Willensmeinung von selbst geändert hat, und in dem ersten Testamente seine wahre Willensmeinung nicht mehr enthalten ist? Hätten die Gesetze nicht nothwendig in diesem Falle eine Ausnahme machen müssen, wenn sie durch diese Clausel die Freyheit zu testiren hätten einschränken wollen, da sie sie sonst doch gar nicht wollen eingeschränkt wissen? — Und daß dieses die Gesetze nicht gethan haben, wird Folgendes noch deutlicher zeigen.

§. 5. Diejenigen Rechtsgelehrten, die das Gegentheil von unserer Meinung behaupten c), beziehen sich hauptsächlich auf die *L. 22 Pd. de legat. 3* und wollen daraus beweisen, daß, so lange die clausula derogatoria im letzten Testamente nicht aufgehoben sey, das erste immer vor dem letztern gelten müsse. Allein die Worte d) woraus sie dieses beweisen wollen, reden gar nicht vom gegenwärtigen Falle, und können auch gar nicht

c) *Sande* decis. Fris. Lib. 4. tit. 1. def. 10. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de iniust. rupt. et irrito test. *Brunnemann* ad L. 22. ff. de legat. 3. *Stryk* caut. testam. cap. 24. §. 54.

d) Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, *prioris voluntatis sibi poenituisse*, et voluisse, vt legatarius plura legata accipiat.

nicht darauf gezogen werden. In diesem Gesetze nämlich ist die Rede davon, wenn ein Testirer im Anfange des Testaments gewisse Verfügungen macht, und am Ende desselben davon wieder abgehen will, so müsse er solches ausdrücklich anzeigen. In unserm angenommenen Fall aber ist von zweyen Testamenten die Rede, die zu verschiedenen Zeiten gemacht und sich entgegen sind, und davon das erste, durch die im letzten Testamente geäusserte Willensveränderung des Testirers, von selbst schon aufgehoben wird. So weit sind also beyde Fälle von einander verschieden, und so wenig läßt sich von einem auf den andern schließen.

§. 6. Es wollen zwar auch einige von der Gegenseite ein solches zweytes Testament für erzwungen halten, und deswegen nicht gelten lassen; allein daraus, daß man im letzten Testamente der clausula derogatoria nicht gedacht, läßt sich dieses im geringsten nicht schließen, eben so wenig als man nicht aus der Cassation dieser Clausel das Gegentheil folgern kann. Zudem wird selbst in zweifelhaften Fällen nach den Gesetzen ein Testament nie für erzwungen gehalten; wer sich also auf diesen Grund stützen wollte, müßte ihn nothwendig beweisen.

§. 7. Die gegenseitige Meinung muß also der diesseitigen in Ansehung ihrer Gründe immer nachstehen; und ohne noch mit einigen Rechtsgelehrten hier lange unter einer generellen und

speciellen Clausel zu distinguiren e), kann man mit Beystand der Rechte den Rechtsgelehrten f) immer beytreten, die einer solchen Clausel gar keine Kraft und Wirkung zuschreiben, und derselben ohngeachtet nur das leztere Testament, falls es auf eine rechtsbeständige Art gemacht ist, gelten lassen, es mag dieser Clausel im andern Testamente gedacht seyn oder nicht.

§. 8. Selbst auch dann hat diese Clausel keine Wirkung, wenn sie gleich mit einem Eide bekräftiget ist, eben so wenig als wenn der Testator in seinem Testamente eidlich betheuret, er wolle kein zweytes Testament machen g). Das leztere Testament gilt immer, wenn es nur die im Gesetz erforderten Eigenschaften hat.

Wollte man hier gleich wieder einwenden, daß doch nach den Grundsätzen des geistlichen Rechts h) den Eiden eine größere Kraft als nach dem römischen Rechte müßte beygelegt werden, und hier doch sonst offenbar ein Meineid begangen würde, falls das lezte Testament gelten sollte:

e) *Mantica* de coniect. vlt. vol. Lib. 12. tit. 8.

f) *Carpzov* P. 3. concl. 5. def. 19. *Coccei* ius contr. tit. de iniust. rupt. et irrit. test. qu. 12. *Struv* ex. 32. §. 38.

g) *Coccei* de claus. testam. cap. 2. n. 132. in fin. *Harpprecht* ad I. tit. quib. mod. test. in firm. §. 2. n. 6. *Philippi* ad I. Lib. 2. eclog. 66. n. 2. seqq. *Leyser* sp. 359. med. 3. 4. 8. 9.

h) Cap. 2. de pactis 6.

te: so ist doch eines Theils hier nicht von einem solchen Eide die Rede, wodurch ein sonst ungültiger Actus bestätigt wird, wovon eigentlich nur die angezogne Stelle redet, sondern von einem solchen Eide, den jemand selbst seiner eigenen Person auflegt; andern Theils aber würde dadurch, daß das erste Testament, welches mit einem Eide bekräftiget ist, bey Kräften bliebe, der Meineid nicht verhütet werden. Denn sobald der Testirer die Absicht und den Willen hat, durch ein anderes Testament sein erstes eidlich bestätigtes aufzuheben, so wird dadurch eben so wenig der Meineid verhütet werden, wenn das lezte Testament gilt, als wenn das erstere bestehen sollte. Die Absicht des Testirers ist doch einmal da, sein ersteres aufzuheben; die Gesetze können dieses also auch auf keine Weise redressiren. — Dieß Wenige mag auch hievon genug seyn; man hat dieses hier nur mit anführen wollen, um zu zeigen, wie wenig die Römer eine Einschränkung der Freyheit, über sein Vermögen zu testiren, haben erlauben wollen.

Die weitern Gründe für die diesseitige Meinung haben die in der Note *g* angeführten Rechtsgelehrten weiter auseinander gesetzt, worauf man hier nur blos verweisen will.

Dritte Meditation.

Eine Braut hat an den Gütern ihres Bräutigams keine stillschweigende Hypothek, wenn sie ihren Brautschatz vor der Ehe eingebracht hat, und die Ehe nicht zu Stande kommt.

§. 1.

Justinian hat in seinen Gesetzen den Ehefrauen wegen ihres eingebrachten Heirathsgutes, nicht nur eine stillschweigende Hypothek in den Gütern ihrer Männer zugestanden a), sondern ihnen überdem noch ein besonderes Vorzugsrecht ertheilt b). Ob diese stillschweigende Hypothek auch den Bräuten zustehe, wenn sie vor der Ehe ihren Brautschatz eingebracht haben, und die Ehe nicht zu Stande kommt, darüber ist vielfach gestritten, und von den größten Rechtsgelehrten verschieden geantwortet worden.

§. 2. Eine nähere Prüfung der von der Gegenseite angeführten Gründe wird nicht nur zeigen, daß die von ihnen angeführten Gesetze, worauf sie hauptsächlich ihre Meinung stützen, hier in dieser Sache keinen Ausschlag geben können, sondern

a) L. vn. §. 1. C. de rei vx. act.
b) L. 12. C. qui pot. in pign.

sondern daß auch die diesseitige Meinung, wegen der Wichtigkeit ihrer Gründe, der gegenseitigen immer vorzuziehen sey.

§. 3. Unsere Gesetze haben nur allein den Ehefrauen in Ansehung des Brautschatzes diese stillschweigende Hypothek gegeben, die, als ein ihnen vorzüglich ertheiltes ius singulare, ohne ausdrückliche Verordnung und Erlaubniß der Gesetze nicht auf andere Fälle darf ausgedehnt werden c). Wollen hier also die Gesetze keine Ausdehnung verstatten, so dürfen wir auch nach Willkühr dieses besondere Vorzugsrecht der Frauen nicht auf die Bräute ziehen, falls in den Gesetzen ihnen dieses nicht ausdrücklich auch zugestanden und ertheilt ist.

§. 4. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche die gegenseitige Meinung den Gesetzen angemessener finden d), haben freylich hier nicht ohne alle Gründe ihre Meinung zu behaupten gesucht; allein sie sind doch nicht von dem Gewicht, daß sich nicht noch genug zu ihrer Entkräftung und Widerlegung sollte sagen lassen. Sie stützen sich vornehmlich auf die Verordnung der Gesetze e), worin

c) L. 14. ff. de legib. Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

d) *Coccei* ius contr. tit. In quib. caus. pign. qu. 7. ibique alleg. *Walch* introd. in controu. iur. pag. 24. §. 3.

e) L. 17. §. 1. et L. 19. pr. ff. de reb. aut. iud. poss.

worin den Bräuten eben die Vorrechte als den Ehefrauen sollen zugestanden, und ihnen in Ansehung des ihrem Bräutigam vorausgegebenen Brautschatzes gleiches Privilegium ertheilt seyn. — Dieses ist einer ihrer vornehmsten Gründe, der sich aber auch, wenn wir hier nur noch eins und das andere werden vorausgeschickt haben, leicht wird heben lassen.

§. 5. Wir haben schon oben §. 1. erinnert, daß Justinian den Ehefrauen wegen ihres eingebrachten Heirathsguts nebst einer stillschweigenden Hypothek in den Gütern ihres Mannes, zugleich noch ein Vorzugsrecht ertheilt habe. Nach dem iure pandectarum stand ihnen aber diese Hypothek und Vorzugsrecht noch nicht zu, sondern sie hatten nur blos ein priuilegium personale Im Codex (Not. a und b) wurde ihnen jenes von Justinian erst ertheilt. Beyde Gesetze also, die von den Gegnern für ihre Meinung angeführt werden, können daher nicht anders, als von einem persönlichen Privilegium verstanden und erklärt werden. Es geben dieses auch die Endworte des *L. 74 Pd. de iure dot.* nicht undeutlich zu erkennen.

§. 6.

poss. L. 74 ff. de iure dot. Si sponsa dotem dederit, nec nupserit — — exemplo dotis condictioni, fauoris ratione, *priuilegium*, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.

§. 6. Es wird hierauf zwar von der Gegenseite erwiedert, daß zu den Zeiten das priuilegium dotis nur persönlich gewesen, und nachher in ein dingliches verändert sey f), also auch der Braut nunmehr durch diese gesetzliche Verordnung ebenfalls eine stillschweigende Hypothek wegen ihres vorausbezahlten Brautschatzes zugestanden sey; allein Justinian hat in diesem Gesetze der Bräute gar keine Erwähnung gethan, sondern er redet nur blos darin von den Ehefrauen g). Hätte Justinian den Bräuten eben diese Vorrechte zugestehen wollen, so hätte er auch nothwendig ihrer in dem Gesetze gedenken müssen, weil sie sonst nach der Verordnung, daß man keine *iura singularia* auf ähnliche Fälle ausdehnen solle — dieses Vorrechts nicht genießen konnten.

§. 7. Eben so kann hier der Einwurf von keiner großen Erheblichkeit seyn, daß Justinian diese Verordnung in Ansehung des Brautschatzes des gemeinen Besten wegen gemacht hätte, damit die Frauen ihren Brautschatz immer in Sicherheit behielten, und wenn ihre Männer etwa sterben sollten, nicht indocirt würden. Dieß ließe sich freylich eben so gut auf die Bräute anwenden; allein eines Theils genießen sie dafür auch ein

f) L. fin. C. quib. pot. in pign. *Coccejii* l. c.

g) *Ludovici* de eo, qui poster. temp. pot. iur. cap. 3. §. 2.

ein persönliches Privilegium in Ansehung ihres vorausgegebenen zukünftigen Heirathsguts; andern Theils ist dieß auch nicht der einzige Grund, warum Justinian den Ehefrauen diese stillschweigende Hypothek und Vorzugsrecht gegeben hat; sondern er giebt in seinen Gesetzen noch weit andere Ursachen an, warum er die Frauen so begünstiget hat h).

§. 8. Es ist auch endlich gar keine Unbilligkeit, wenn man hier den Bräuten nicht die Vorrechte zugesteht, welche die Frauen geniessen. Denn jene haben es lediglich ihrer eigenen Schuld beyzumessen, wenn sie nachher ihr Eingebrachtes verlieren müssen.

Warum haben sie, ehe sie es nöthig hatten, ihrem Bräutigam ihr künftiges Heirathsgut ausgezahlt? Müßten hier also nicht nothwendig die ältern Gläubiger des Bräutigams darunter leiden, wenn sie vorher erst sollten befriediget werden? Würde ihnen hiedurch nicht ganz ungerechter Weise das ihnen zustehende Vorzugsrecht geraubt werden? — Mit den Ehefrauen aber verhält es sich ganz anders; diese müssen

h) L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. hab. — Quis enim earum non miseratur propter obsequia quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inuenta sunt priuilegia.

müssen nach vollzogener Ehe ihren Brautschatz einbringen; sie versiren hier in keinem Versehen, und verdienen daher auch, daß sie von den Gesetzen wegen ihrer Güter Sicherheit erhalten. Man sieht also auch hieraus, daß die Gesetze in diesem Falle nichts unbilliges verordnen, und daß man, nach den Gesetzen zu urtheilen, denen Rechtsgelehrten beypflichten müsse, die hier der Braut die stillschweigende Hypothek gänzlich abschlagen i).

i) *Pistor.* obs. 110. n. 7. *Carpzov* P. 2. const. 24. def. 5. *Lauterbach* coll. th. pr. Lib. 20. tit. 2. §. 25. *Stryk* vs. mod. tit. in quib. caus. pign. §. 8.

Vierte Meditation.

Auch bey Subhastationen findet das remedium L. 2. C. de rescind. emt. venditione statt.

§. 1.

Unsere Gesetze haben es der Billigkeit gemäß gehalten, jeden Kauf, der unter der Hälfte des wahren Werths geschlossen worden, zu rescindiren und aufzuheben.

In wie weit sie hierin ihren Zweck erreicht haben, lassen wir hier der Beurtheilung eines jeden selbst über, und verweisen nur zugleich mit auf die bekannte Thomasische Disputation a), worin er sich über die Billigkeit dieses Gesetzes weitläuftig herausgelassen hat. Ohne uns daher hiebey noch weiter aufzuhalten, wollen wir gleich zur Untersuchung der an sich sehr streitigen Rechtsfrage übergehen: Ob auch bey Subhastationen das remedium *L. 2. C. de rescind. vend.* statt finde, wenn jemand im Verkauf über die Hälfte verlezt ist?

§. 2. Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind in Auflösung dieser Frage sehr verschieden. Einige

a) De aequitate L. 2. C. de rescindenda emtione venditione cap. 2.

Einige machen dabey den Unterschied unter der subhastatione voluntaria und necessaria; bey jener lassen sie das remedium *L. 2. C.* statt finden, bey dieser nicht. Andere nehmen darauf Rücksicht, ob die Obrigkeit, oder der Schuldner selbst, die Sache hat veräußern lassen, und wollen nur in jenem Falle wegen einer Verletzung über die Hälfte den Kauf rescindirt wissen. Noch andere statuiren nur dieses remedium *L. 2. C.* wenn von Seiten des Käufers ein böslicher Betrug da gewesen ist. Allein um hier nicht durch Widerlegung dieser singulären Meinungen gar zu weitläuftig zu werden, wollen wir nur blos hier auf **Carpzov** b) und **Berlich** c) verweisen, die diese Meinungen näher bestimmt und ausgeführt haben.

§. 3. Wir kommen jetzt also zur Beantwortung und Widerlegung der Meinung derer Rechtsgelehrten, welche bey Subhastationen das *remedium L. 2. C. de resc. vendit.* gar nicht zulassen wollen d).

Wir werden ihre Gründe hier nach und nach durchnehmen, sehen, wie weit sie hier

b) Lib. 4. resp. 1. n. 8 seqq.
c) P. 1, decis. 126. n. 8 seqq.
d) *Richter* decis. 99 et 100. *Berlich* l. c. *Stryk* vs. mod. tit. de resc. vend. §. 5. ibique alleg. *Coccеii* ius. contr. tit. de resc. vend. qu. 15. *Leyser* p. 205. corroll. 1.

Entscheidung geben können, und dann zeigen, daß die diesseitige Meinung den Verordnungen der Gesetze allemal am angemessensten sey.

§. 4. Der Hauptgrund der Gegner beruhet vornehmlich in den Worten einiger Gesetze e), daraus sie zu beweisen suchen, daß das Eigenthum einer sub hasta gekauften Sache beständig bey dem Käufer bleibe, und ein solcher Kauf nie könne rescindirt und aufgehoben werden. Allein diese Gesetze beweisen hier in der That sehr wenig, und reden gar nicht von diesem Falle. In der *L. fin. C. si propter publ. pens.* wird eigentlich davon gehandelt, wenn jemand wegen öffentlicher Gefälle und Abgaben im Rückstand geblieben und nicht zu gehöriger Zeit entrichtet hat, so können dessen Güter gleich öffentlich dazu verkauft werden. Ein solcher Verkauf, heißt es in diesem Gesetz, *perpetuam emtionis habet firmitatem.* Er soll immer gültig seyn, wie ein anderer Verkauf; und wenn auch nachher der Eigenthümer denselben Werth wieder für die verkaufte Sache geben, oder seine Abgaben jetzt entrichten wollte, so soll dieser Verkauf dennoch fest und beständig bleiben.

§. 5. Und eben so ist in der *L. 5. C. de fide et iure hast.* der Fall enthalten, wenn der Fiscus wegen ihm schuldiger Gefälle öffentlich des Schuld-

e) L. fin. C. si propt. publ. pens. L. 5. C. de fide et iure hastae.

Schuldners Güter verkaufen läßt. Hier soll der Käufer von der gekauften Sache gleich das Eigenthum erlangen; und dieses soll ihm so wenig per rescriptum principis, als noch weniger dadurch, daß der Verkäufer, wenn er etwa noch minderjährig sollte gewesen seyn, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nachsuchen wollte, — genommen werden. Beyde Gesetze leiden hier also in mehr als einem Betracht keine Anwendung. Eines Theils reden sie von ganz besondern Verkaufen; andern Theils aber wird auch von der Verletzung über die Hälfte nichts gedacht, und das *remedium L. 2. C. de rescind. vend.* in diesem Falle nicht ausgeschlossen.

§. 6. Können daher jene Gesetze, worauf sich besonders die Gegenseite gründet, in dieser Sache keinen richtigen Entscheidungsgrund angeben, wie viel weniger werden aus den noch folgenden die Gegner ihren Satz zu behaupten im Stande seyn! Die *L. 8. C. de remiss. pign* woraus sie besonders die Endworte: *Nam fiscalis hastae fides facile conuelli non debet,* nehmen, und zur Unterstützung ihres Satzes gebrauchen, kann unmöglich so verstanden werden, daß wegen einer Verletzung über die Hälfte bey Subhastationen kein Kauf könne aufgehoben werden, sondern redet — wie auch schon die Rubrik dieses Titels zeigt — von der Remission seines Pfandrechts.

Es ist nämlich in diesem Gesetze der Fall enthalten: wenn jemand dem Fiscus etwas

schuldig ist, und dieser ein Grundstück verkaufen läßt, worauf schon andere Gläubiger eine ältere Hypothek haben; schweigen hier die Gläubiger still und contradiciren dem Verkauf nicht, so geben sie durch dieses Stillschweigen zu erkennen, daß sie den Verkauf genehmigt haben. Sie können also nachher den Kauf nicht wieder aufheben, nach der bekannten Rechtsregel: *qui tacet, cum loqui debuisset et potuisset, consentire videtur.*

§. 7. Allein, wenn nun gleich jene Gesetze der gegenseitigen Meinung kein großes Gewicht geben wollen, könnte man denn nicht vielleicht noch aus andern Gründen einen bessern Beweis führen? — Es ist doch einmal einem jeden selbst und überhaupt dem gemeinen Wesen daran gelegen, daß ein solcher sub hasta geschlossener Kauf nicht leicht aufgehoben werde f), weil widrigenfalls sich sonst nicht so leicht Käufer finden möchten; und dann kann man doch auch nur den Werth für den höchsten einer Sache halten, der durch einen öffentlichen Verkauf bestimmt wird g). Es kann sich also der Verkäufer auf keine Weise darüber beschweren, daß seine Sache unter dem wahren Werth verkauft sey.

§. 8. Freylich muß man es in vielem Betracht einräumen, daß es immer von schädlichen Folgen

f) L. 7. §. 8. et L. 24 ff. de minorib.
g) L. 1. §. 16 ff. ad SCt. Trebell. L. 18. §. 3 ff. de m. c. donat.

Folgen seyn würde, wenn ein sub hasta geschlossener Verkauf unter allerhand Vorwand wieder könnte aufgehoben werden — eben so wie dieses auch bey einem jeden andern Verkauf eintreten würde; — allein es ist hier auch nur die Frage, wenn der Verkäufer über die Hälfte sollte verletzt seyn.

Die in der Note f angeführten Gesetze reden nur blos von Minderjährigen, deren Sachen öffentlich verkauft sind. Diesen soll es nicht mehr frey stehen, sich, wie vorher wohl geschehen, wider den Verkauf ihrer Sachen in vorigen Stand restituiren zu lassen.

Es ist hier aber gar nicht die Rede davon, ob ihnen diese Wohlthat auch könne abgesagt werden, wenn sie über die Hälfte sollen verletzt seyn? — Ueberhaupt wird dieses bey Subhastationen auch so leicht nicht eintreten; und daher kann man auch der Regel nach immer zugeben, daß das gewöhnlich der höchste Werth einer Sache sey, so hoch sie öffentlich verkauft wird. Gesetzt aber, man könnte das Gegentheil davon darthun und gehörig erweisen, so bleibt dann doch noch immer die Frage übrig: ob alsdann wegen einer Verletzung über die Hälfte — z. B. wenn eine Sache, die 100 Thlr. werth wäre, unter 50 Thlrn. verkauft ist, — der Kauf könne wieder aufgehoben werden?

§. 9. Wir haben bereits die Hauptgründe der gegenseitigen Meinung durchgenommen und

zu widerlegen gesucht; wir wollen nun noch diejenigen Gründe anführen, die uns zur Annehmung der diesseitigen Meinung bewogen haben.

Unsere Gesetze haben einem jeden Verkäufer, der über die Hälfte verletzt ist, das Recht gegeben, den einmal geschlossenen Kauf wegen einer solchen Läsion wieder aufzuheben. Sie reden hier ganz generell, und sehen gar nicht darauf, wie der Kauf geschlossen ist; nur blos die Billigkeit scheint der Bewegungsgrund dieser Verordnung gewesen zu seyn. Sollte daher bey Subhastationen dieses Gesetz keine Anwendung finden können, so hätte doch nothwendig bey dieser Art des Verkaufs diese Ausnahme zugleich mit bestimmt seyn müssen. Dieß ist aber in den Gesetzen nicht geschehen, und so dürfen wir also auch nach Belieben keine Einschränkungen der einmal festgesetzten Regel machen.

§. 10. Selbst unsere Gesetze h) führen auch verschiedene Fälle an, wo ein sub hasta geschlossener Kauf wegen einer Läsion wieder aufgehoben und rescindirt ist. Sie wollen also jedem Verkäufer, der zu sehr bey seinem Verkauf lädirt ist, diese Wohlthat zufließen lassen, und so wenig ein sub hasta, als gerichtlich geschlossener Ver-

h) L. 16. C. et L. 9 ff. de resc. emt. vend.

Verkauf i) soll der Aufhebung desselben im Wege stehen.

§. 11. Es machen zwar einige von der Gegenseite wider die *L. 16. C. de resc. vend.* den Einwurf, daß hierin nur eines fraudis gedacht würde, deswegen der Kauf rescindirt sey, und sie also nicht hieher gezogen werden könnte. Allein wenn man dieses gleich zugeben wollte: so würde daraus schon folgen, daß bey Subhastationen eines Theils auch Unterschleife vorfallen, und daher der Verkäufer eben so leicht könne lädirt werden, als bey jedem andern Verkauf; andern Theils aber, daß jene von der Gegenseite gemachte Regel nicht immer richtig sey: daß der Werth einer Sache für den höchsten müsse angenommen werden, der durch einen öffentlichen Verkauf bestimmt würde.

§. 12. Man sieht also auch hieraus — wenn man gleich die gegenseitige Erklärung dieses Gesetzes für richtig annehmen wollte, obgleich in diesem Gesetze der Kauf hauptsächlich wegen der Läsion rescindirt ist — daß das Ansehen der Subhastationen nicht so groß ist, daß aller Betrug und Unterschleif dabey sollte ausgeschlossen seyn, und daß daher bey denselben auch immer solche Verletzungen vorfallen können, die einen Verkäufer

i) L. 6. et L. 11. C. de praed. minor.

käufer berechtigen, die Aufhebung des Kaufs nachzusuchen und mit Recht zu verlangen k).

Fünfte Meditation.

Zum Codicill eines Blinden werden sechs Zeugen, und zu einer Schenkung auf den Todesfall fünf Zeugen erfordert.

§. 1.

Die Feyerlichkeiten, unter welchen die Gesetze a) dem Blinden ein Testament zu errichten verstatten, bestehen darin, daß der Blinde in Gegenwart von sieben Zeugen, und im Beyseyn eines Notarius, seinen letzten Willen ausspreche; daß er nicht nur den Namen, sondern auch Stand und Würde des Erben nenne; daß er öffentlich sage, was und wie viel der Erbe haben solle; daß der Notarius zu einer und eben der Zeit und in Gegenwart aller Zeugen den letzten Willen aufschreibe, und dieser sowohl vom Notarius als Zeugen

k) Dieser Meinung sind, außer verschiedenen andern, zugethan: *Carpzov* P. 2. const. 34. def. 13. *Harprecht* ad I. tit. de emt. vend. §. vlt. n. 240. *Fachineus* contr. Iur. Lib. 2. cap. 21. *Matthaei* de auctionibus Lib. 1. cap. 16. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 78.

a) L. 8. C. qui test. fac. poss.

Zeugen mit eigener Hand unterschrieben und besiegelt werde; daß endlich, wenn kein Notarius zu haben, ein achter Zeuge zugezogen werde. Mit dieser Verordnung stimmen auch unsere Reichsgesetze b) aufs genaueste überein.

§. 2. Ohne uns aber weiter um die Fragen zu bekümmern, welche von einigen Rechtsgelehrten bey dem Testamente eines Blinden aufgeworfen zu werden pflegen, wollen wir hier nur die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten c), welche behaupten, daß nicht nur zum Testament, sondern auch zum Codicill eines Blinden acht Zeugen erfordert würden, prüfen, und untersuchen, ob solche mit den Gesetzen übereinstimme.

§. 3. Die in der Note a und b angeführten Gesetze sind es, worin jene Rechtsgelehrten den Grund ihrer Meinung zu finden glauben. Wir wollen daher die Stellen aus beyden Gesetzen einrücken, und untersuchen, ob darin jene Streitfrage entschieden werde. — Die *L. 8. C. qui test. fac poss.* enthält folgendes: *quae in eundem modum erunt obseruanda, quamuis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa, et in summa, quae codicillis habentur, congrua duxe-*

rint

b) Notariats-Ordn. von 1512. Tit. von Testam. §. 9.

c) *Carpzov* part. 3. const. 6. def. 5. *Meier* ad T. Tit. de codicill. *Barry* de success. Lib. 1. Tit. 6. n. 2.

rint ordinanda. — Und die angeführte Notariatsordnung §. 11. verordnet gleichfalls: es auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen, und andern seinen Willen, Noht solche Form zu halten.

§. 4. So generell diese Verordnung gleich ist, so können wir doch derselben eine eben so generelle Verordnung entgegensetzen, nach welcher nicht mehr als fünf Zeugen zu einem Codicill erfordert werden d): *In omni autem vltima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuito venerint, in vno eodemque debent adhiberi; siue in scriptis, siue sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.*

§. 5. Allein wir können aus jenen im §. 3. angeführten Worten nicht so schlechterdings den Schluß machen, daß ein Blinder zu seinem Codicill, so wie zu seinem Testamente, acht Zeugen zuziehen müsse; sondern wir müssen vielmehr solche aus der Natur der Sache erklären, und jene Verordnung, in so weit es die Natur und Beschaffenheit der Codicille leiden, auf selbige anwenden. Denn wollte man hier jene Gesetze nach dem Wortverstande nehmen, würde man da nicht eben so gut behaupten können, daß ein Blinder

d) L. 8. §. 3. C. de testam.

Blinder in seinem Codicill auch Erben einsetzen, und selbige nach ihrem Stand und Würde benennen müsse?

§. 6. Sind nicht die Testamente und Codicille ihrer Natur und Beschaffenheit nach sehr von einander verschieden? Kann man, ohne ein deutliches Gesetz für sich zu haben, behaupten, daß dieser in der Sache selbst liegende Unterschied in Absicht der Codicille eines Blinden völlig aufgehoben sey? Das scheint uns wenigstens wider die Meinung des Gesetzgebers zu streiten, und allen Regeln der Wahrscheinlichkeit zuwider zu seyn. Denn so wie die Codicille eines Sehenden sich zu seinem Testamente verhalten, eben so müssen auch die Codicille eines Blinden sich zu seinem Testamente verhalten. Wird daher außer den gewöhnlichen Testamentsfeyerlichkeiten zum Testamente eines Blinden erfordert, daß er acht Zeugen zuziehe, so muß er nach Verhältniß, falls er ein Codicill errichten will, sechs Zeugen zuziehen, davon der sechste Zeuge sich statt des Blinden unterschreiben muß.

§. 7. Auf diese Art lassen sich jene Gesetze, ohne denselben Gewalt anzuthun, erklären; welcher Erklärung auch die größten Rechtsgelehrten e) beypflichten. Allein weil doch diese Frage strei-

e) *Stryk* Tract. de iur. sens. diss. 2. cap. 3. n. 23. *Idem* in caut. testam. cap. 4. §. 14. *I. H. Boehmer* de codic. sine testibus validis cap. 1. §. 35.

streitig ist, so würden wir allezeit einem Blinden, zur Vermeidung aller Streitigkeiten, die nur gar zu oft aus einem letzten Willen entspringen, anrathen, zu seinem Codicill acht Zeugen zuzuziehen, um dadurch allen kostbaren und langwierigen Processen vorzubeugen.

§. 8. Schlüßlich wollen wir hier nur noch anführen, daß einige Rechtsgelehrte f) jene Gesetze auch auf den Fall haben anwenden wollen, wenn ein Blinder auf den Todesfall etwas verschenken will. Sie behaupten nämlich, daß ein Blinder bey einer Schenkung auf den Todesfall, so wie bey einem Codicill sechs Zeugen zuziehen müsse. Den Beweis ihrer Meinung haben sie daher genommen, weil die Schenkungen auf den Todesfall und Vermächtnisse einander gleich gemacht sind g).

Allein es bleibt doch noch immer ein wesentlicher Unterschied zwischen beyden; und es ist falsch, daß eine Schenkung auf den Todesfall und ein Legat in allen Stücken einander gleich gemacht sind h). Sobald also eine Verschiedenheit da ist, so können wir auch nicht von dem einen auf die andere schließen. Diese Verschiedenheit aber ist bey

f) *Harprecht* ad l. tit. de donat. §. 1, n. 55. *Bocer* de donationibus cap. 5. n. 6.

g) §. 1. I. de don. L. fin. C. de donat.

h) *Ludovici* vsus pract. dist. tit. de mort. caus. don. dist. 4.

bey einer Schenkung auf den Todesfall und einem Vermächtnisse, welche von einem Blinden hinterlassen werden, augenscheinlich: denn bey ersterer kann ein Blinder nicht so leicht wie bey letzterm hintergangen werden. Es hat deswegen ein Blinder keine andere Solemnitäten als ein Sehender in diesem Punkte zu brauchen nöthig i).

Sechste Meditation.

Die Retorsion findet bey einem Moratorium nicht Statt.

§. 1.

Der Grund der Retorsion, welchen einige in dem Edict des Prätors *quod quisque iuris* u.s.w. suchen, liegt schon selbst in dem Rechte der Natur. Alle Menschen sind von Natur gleich, und keinem steht ein größer Vorrecht als dem andern zu: maaßet sich daher jemand größere Vorzüge und mehrere Rechte an, so hat der andere auch die Befugniß, auf alle Art und Weise jene natürliche Gleichheit, auch, wenn es nicht anders seyn kann, durch Zwangsmittel, zu erhalten. So verhält es sich bey einzelen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft, und eben diese Rechte finden bey ganzen Völkern statt. Der

i) *Stryk* de iur. sens. l. c. n. 33.

Der wahre Grund der Retorsion beruhet also in der Erhaltung der Gleichheit unter einander.

§. 2. Wir würden uns zu weit von unserm Zweck entfernen, wenn wir noch weiter von der Billigkeit dieses Rechts reden und selbige beweisen wollten. Das, was wir bereits angeführt haben, mag genug seyn. Ohne also noch weiter etwas anzuführen, gehen wir zu der streitigen Frage: **ob die Retorsion auch bey einem Moratorium Statt finde?** über.

§. 3. Eine kurze Erzählung eines Rechtsstreits, worin es vornehmlich auf die Entscheidung jener Frage ankam, wird als eine Einleitung zu der nähern Beurtheilung der Frage selbst nicht undienlich seyn. **R=n** wurde auf Andringen seiner Gläubiger, da er nicht im Stande war, selbige auf einmal zu befriedigen, gezwungen, bey seiner Landesherrschaft um ein Moratorium nachzusuchen. Er erhielt solches auch; und nun suchte er auch seine ausstehenden Forderungen gerichtlich einzutreiben. Aber seine Schuldleute waren nicht alle so bereitwillig in Bezahlung ihrer Schulden; vornehmlich wurde ihm von zweyen seiner stärksten Schuldner, die in einem fremden Lande wohnten, die exceptio moratorii entgegengesetzt.

§. 4. Diese Frage war in Absicht des Klägers von großer Wichtigkeit; denn war die Einrede der Beklagten gegründet, so war seine Absicht,

sicht, die er bey Nachsuchung des Moratoriums gehabt, vereitelt, und nach Ablauf desselben war sein Untergang mehr als zu gewiß.

§. 5. So wenig Hoffnung gleich für den Kläger übrig blieb, ein obsiegliches Urthel zu erlangen; denn man mußte nicht nur befürchten, daß die von dem Beklagten angeführten Gründe bey dem Richter Eingang finden würden, sondern man mußte dieß um so mehr besorgen, da die Beklagten in einem fremden Lande wohnten, also auch ihre Behauptung sich mit mehrerm Grunde vertheidigen ließ — so glücklich fiel doch am Ende die Sache für ihn aus.

§. 6. Hauptsächlich gründeten sich die Beklagten in jenem Edict des Prätors: *quod quisque iuris in alterum statuerit, vt ipse eodem iure vtatur;* und daraus zogen sie die Folge, daß, da der Kläger vermöge des erhaltenen Moratoriums von seinen Gläubigern nicht belangt werden könne, er auch nicht seine Schuldner belangen könne, und daß er daher nach jenem Edict des Prätors gerichtet werden müßte. Zudem müßte ihnen ihre Einrede um desto eher zu statten kommen, da die Retorsion auf die Erhaltung der Gleichheit abziele, welche allerdings aufgehoben würde, wenn sie dem Kläger ihre Schulden abtragen sollten. Endlich pflichteten ihrer Meinung die angesehensten Rechts-

gelehrten bey a), die nach ihrer Meinung gesprochen hätten.

§. 7. Allein der ganze Endzweck und Absicht, warum ein Moratorium ertheilt wird, widerspricht jener Behauptung völlig; ja eben diese ist es, die uns zur Verneinung der angeführten Frage beweget, die auch in der Folge durch den in dieser Sache erfolgten rechtlichen Ausspruch verneinend entschieden wurde.

§. 8. Die Ertheilung eines Moratoriums hat den Endzweck, den durch Unglücksfälle heruntergekommenen Schuldner wieder empor zu bringen, und ihn für die Anfälle seiner Gläubiger sicher zu stellen. Wollte man also die Retorsion des Moratoriums gegen den Schuldner zulassen, wie würde denn jener Endzweck erreicht werden können? und was könnte ein Moratorium nützen, wenn dem Impetranten dadurch die Mittel abgeschnitten seyn sollten, seine ausstehenden Schulden einzufordern?

§. 9. Aber so wahr das ist, so scheint dadurch doch noch jener oben §. 6. aus dem Edict des Prätors hergenommene Einwurf nicht gehoben

a) *Matthaei de Afflictis* dec. 66. *Carpzov* part 3. const. 38. def. 1. n. 17. *Berlich* part. 3. concl. 51. n. 10. *Mevius* part. 2. dec. 52. n. 10. *Wesenbeck* ad ff. tit. quod quisque iur. etc. n. 3. et *Hahn* ibid.

hoben zu seyn: allein wir haben schon anfangs bemerkt, daß die Retorsion keinesweges aus jenem Edict entspringe, sondern in dem Recht der Natur gegründet sey; es kann daher auch nicht von jenem Edict auf die Retorsion geschlossen werden. Doch wenn man auch das bey Seite setzen wollte, so würde daraus doch die gegenseitige Meinung keineswegs erwiesen werden können. Das Edict des Prätors *quod quisque iuris* u. s. w. findet nur gegen denjenigen statt, der aus Bosheit eine ungerechte Verordnung gegen einen andern ausgewirkt hat b), und geht dahin, daß der Impetrant in ähnlichen Fällen nach diesem Rechte sich richten lassen muß c). Ganz anders aber ist es mit dem Moratorium beschaffen; denn da ist weder eine Bosheit von Seiten des Impetranten, noch eine ungerechte Verordnung.

§. 10. Freylich kann man nicht leugnen, daß viele Rechtsgelehrten die entgegengesetzte Meinung angenommen, daß daher auch die Entscheidung dieser Rechtsfrage bald so, bald anders ausfallen könne; allein läßt man eine gerechte Billigkeit reden, und legt man nur die Erfordernisse zum Grunde, die zur Retorsion gehören: so wird man leicht die Entscheidung fassen, und denjenigen

b) L. 3, in f. pr. ff. quod quisque iur. etc.

c) L. 3. §. 5 ff. eod. tit.

Rechtsgelehrten d) seinen Beyfall nicht versagen können, die mit uns gleicher Meinung sind.

****

Siebente Meditation.

Bey einem Vergleiche findet das Beneficium L. 2. C. de resc. emt. vend. nicht statt.

§. 1.

Es giebt verschiedene Ursachen, aus welchen ein gültig geschlossener Vergleich wieder aufgehoben werden kann. Viele Rechtsgelehrte a) rechnen zu solchen die Verletzung über die Hälfte; andere aber b) behaupten, und, so wie uns scheint, mit Recht, daß ein Vergleich wegen einer

d) *Slevogt* de retorsione in moratorio non competente cap 4. §. 4 seq. *Freudenberg* de rescripto moratorio concl. 52. *Lynker* cent. 5. dec. 434.

a) *Carpzov* part. 2. const. 34. def. 1. *Heigius* qu. iur. ciu. part. 2. qu. 9. n. 12. *Fachinei* contr. iur. ciu. Lib. 2. cap. 26. *Stryk. V. M.* tit. de transact. §. 22. *Struv* ex. 6. §. 67.

b) *Cothmann* Vol. 1. conf. 28. n. 242. *Gail* Lib. 2. obs. 70. *Mevius* part. 4. dec. 30. *Harprecht* ad I. tit. de emt. vend. §. vlt. n. 162. *Vinnius* select. iur. quaest. Lib. 1. cap. 57. *Hunnius* contr. iur. ciu. Lib. 3. tr. 7. part. 1, qu. 13.

ner Verletzung nicht aufgehoben werden könne; daß folglich auch die *L 2. C. de resc. emt. vend.* hier nicht statt finde: noch andere c) machen einen Unterschied zwischen einer geringen, und einer Verletzung, die sich über die Hälfte beläuft; wieder andere d) unter einem gerichtlich und außergerichtlich geschlossenen Vergleich.

§. 2. Bey einer so verschiedenen Meinung großer und angesehener Rechtsgelehrten über eine Frage, die täglich vorkommen kann, ist es gewiß wohl der Mühe werth, die Gründe kennen zu lernen, welche jede für sich anzuführen pflegen. Bey Erwägung derselben wird alsdenn jeder leicht einsehen können, welche Meinung in den Rechten gegründet, und daher den größten Beyfall verdient.

§. 3. Wir haben schon gesagt, daß wir denjenigen Rechtsgelehrten beytreten, die behaupten, daß ein Vergleich wegen einer Verletzung, wenn auch selbige sich über die Hälfte des Werths der verglichenen Sache belaufen sollte, nicht statt finde.

qu. 13. *Thomasius* de aequitate cerebrina L. 2. C. de resc. emt. vend. *Wildvogel* de transact. ob laes. enor. non resc. *Knorr* de transact. non resc. propter laesionen vltra dimidium.

c) *Carpzov* part. 2. const. 34. def. 1. n. 7. *Mynsinger* cent. 1. obs. 33.

d) *Carpzov* l. c. def. 4.

§. 4. Der Begriff, den wir mit einem Vergleich verbinden, ist dieser, daß er sey: ein über eine zweifelhafte und ungewisse Sache eingegangener Vertrag, so daß von einer Seite entweder etwas gegeben, versprochen, nachgelassen oder zurückbehalten wird e). Diese Erklärung lehrt also, daß bey einem jeden Vergleiche allezeit eine ungewisse und zweifelhafte Sache zum Grunde liegen müsse f); denn ist das nicht, so hört der Vertrag auf ein Vergleich zu seyn.

§. 5. Wir haben diese Erklärung um deswillen vorauszuschicken für nöthig gehalten, um daraus zugleich einige Gründe für unsere Meinung hernehmen zu können. — Wird und muß jeder Vergleich über eine ungewisse und zweifelhafte Sache geschlossen werden, falls es ein Vergleich bleiben soll, so bleibt es auch gewiß, daß eine Verletzung, die bey einer ungewissen und zweifelhaften Sache wegfällt g), auch bey einem Vergleich wegfallen müsse. Zwar läßt sich hiewider noch einwenden, daß einem dadurch doch nicht der Beweis wegen der erlittenen Läsion benommen, und wenn dieser gehörig geführt, es sich zeige, wie groß die Läsion sey. Allein wie will man denn jenen Beweis ersetzen? etwa aus neu aufgefundenen Documenten? Aber wer weiß denn

e) L. 1. et 2 ff. de transact.

f) L. 1 ff. eod. tit.

g) L. 11. C. de transact. L. 17. C. de vsur.

denn nicht, daß ein Vergleich wegen neu aufgefundener Documente nicht einmal aufgehoben werden könne? h) und daß also der Beweis der Läsion, welchen man aus neu aufgefundenen Documenten hernehmen will, nie den Effect haben könne, einen Vergleich aufzuheben?

§. 6. Doch ohne uns hiebey weiter aufzuhalten, wollen wir die Gründe, worauf sich hauptsächlich unsere Meinung stützet, anführen. Welcher Ausspruch kann deutlicher und klarer seyn, als derjenige, welchen der Jurist Scävola i) über diese streitige Frage gethan hat! Der Fall, welcher diesem Rechtsgelehrten zur Entscheidung vorgelegt war, war dieser: Ein Erbe, der mit einem Fideicommiß beschweret war, hatte dem Fideicommissarius nur den geringsten Theil der Erbschaft restituirt, und vorgegeben, daß die Erbschaft nur so groß sey; nachher fand sich aber, daß die Erbschaft noch weit größer gewesen sey: und deswegen verlangte der Fideicommissarius zu wissen, ob er nicht auf diesen Theil noch Anspruch machen könne? Die Antwort aber fiel dahin, daß sein Anspruch auf den übrigen Theil, falls kein Vergleich eingegangen wäre, gegründet sey.

h) L. 19. C. de transact.

i) L. 78. §. vlt. ff. ad SCt. Trebell. — Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conueniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, *si non transactum esset*, posse.

§. 7. Es ist leicht zu vermuthen, daß dieses Gesetz, welches so sehr der gegenseitigen Meinung entgegensteht, viele Auslegungen habe leiden müssen. Denn so sagen einige, daß dieses Gesetz von dem Fall zu verstehen sey, wenn nach aufgefundenen Instrumenten ein Vergleich geschlossen worden; andere, daß es durch die *L. 2 C. de resc. emt. vend.* aufgehoben sey. Allein die erste Auslegung ist so beschaffen, daß sie schon selbst der im §. 4. festgesetzten Erklärung eines Vergleichs widerspricht. Denn sollte in dem angeführten Falle der Vergleich erst nach den aufgefundenen Instrumenten zwischen dem Erben und Fideicommissarius geschlossen seyn: so fehlte schon ein wesentliches Stück eines Vergleichs, nämlich dieses, daß er über keine **zweifelhafte** und **ungewisse** Sache eingegangen wäre, und könnte also ein solcher Vertrag keineswegès ein Vergleich, sondern ein pactum remissorium genannt werden.

§. 8. Eben so wenig kann auch die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß jenes Gesetz durch die *L. 2. C. de resc. emt. vend.* aufgehoben sey, einigen Beyfall verdienen. Denn zu geschweigen, daß von der Gegenseite erst die Präjudicialfrage, ob die *L. 2. C. de resc. emt. vend.* auch auf einen Vergleich könne gezogen werden? müsse erwiesen werden: so gehört dieses Gesetz keinesweges zu denjenigen Verordnungen, wodurch das alte Recht verändert wird, sondern war schon

selbst

selbst in dem alten Codex mit enthalten, und konnte folglich dem Juristen Scävola nicht unbekannt seyn.

§. 9. In dem 5ten §. haben wir schon beyläufig erwähnt, daß die Verbindlichkeit, einen einmal geschlossenen Vergleich zu halten, so groß sey, daß er selbst nicht einmal wegen neu aufgefundener Documente rescindirt werden könne. Wir finden darüber zwey gleichlautende Verordnungen im Codex k), und es scheint uns, daß man hievon mit Recht auf die vorgesetzte Frage schließen könne. Denn verbieten die Gesetze überhaupt einen Vergleich wegen neu aufgefundener Documente zu rescindiren, so kann man auch sicher daraus den Schluß machen, daß auch wegen einer Verletzung ein Vergleich nicht aufgehoben werden könne. Die gesetzliche Verordnung ist generel; hätte das Gesetz die Läsion als eine gegründete Ursache zur Aufhebung eines Vergleichs ansehen wollen: so wäre auch gewiß diese Ausnahme dem Gesetz zugefügt; und das Gesetz würde alsdenn so gelautet haben: **Unter dem Vorwande neu aufgefundener Documente**

 mente

k) L. 19. C. de transact. sub praetextu instrumenti post reperti, *transactionem bona fide finitam rescindi, iura non patiuntur.* L. 29. C. eod. tit. sub praetextu specierum post repertarum: *generali transactione finita, rescindi prohibent iura.*

mente kann kein Vergleich aufgehoben werden, es sey denn, daß daraus erhelle, daß eine von den Partheyen über die Hälfte lädirt sey.

§. 10. Eben eine solche allgemeine Verordnung, daß nämlich keine durch einen Vergleich beygelegte Streitsache wieder erneuert werden solle, finden wir in den Gesetzen l). Wenn also hier die Gesetze ohne Einschränkung reden, warum sollen wir denn ohne Recht Ausnahmen davon machen?

§. 11. Hat endlich ein Vergleich eben die Wirkung als ein Eid m) und ein rechtskräftiges Urthel n); können beyde aber wegen einer Verletzung nicht rescindirt werden o): so können wir auch ganz sicher auf einen Vergleich schließen, besonders da hiebey ein und eben der Grund eintritt. Denn der Grund, warum ein einmal ausgeschworner Eid nicht retractiret werden kann, ist, wie ihn die in der Note o) angeführten Gesetze ange-

l) L. 16. C. de transact. causas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitari non oportet.

m) L. 2 ff. de iureiur. iusiurandum speciem transactionis continet.

n) L. 20. C. de transact. Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit.

o) L. 5. §. 2. L. 9 ff. de iureiur. L. 21 ff de dol. L. 2. C. de re iud. Tot. tit. C. sent. resc. non poss.

angeben, dieser, weil beyde Partheyen sich dahin verglichen zu haben scheinen, daß man blos bey dem Eide bleiben und nicht davon abgehen wolle.

§. 12. So einleuchtend diese Gründe sind, so sehr hat man sich auch von der Gegenseite bemühet, selbige zu entkräften. Man sagt: es ist wahr, der Eid hat die Wirkung eines Vergleichs, aber nicht ein Vergleich die Wirkung eines Eides; und eben so ist es wahr, daß ein rechtskräftiges Urthel nicht rescindirt werden könne; aber eben so wahr ist es auch, daß von dieser Regel der Fall ausgenommen sey, wenn jemand über die Hälfte verletzet worden p).

§. 13. Wer siehet aber nicht, daß darin eine bloße Verdrehung der Worte enthalten? und wer wird das in dem von der Gegenseite angeführten Gesetz finden, was sie darin finden wollen? Hat der Eid die Wirkung eines Vergleichs, kann der Eid wegen einer Läsion nicht aufgehoben werden, — dieß müssen doch wenigstens die von unserer Meinung abweichenden Rechtslehrer zugeben; — so sehen wir auch nicht ein, warum wir auch nicht eben das von einem Vergleich behaupten sollten: denn eben deswegen, weil der Eid die Wirkung eines Vergleichs hat, kann er nicht wegen einer Verletzung über die Hälfte zurückgenommen werden;

p) L. 2. C. sent. resc. non poss.

werden; das ist wenigstens der Entscheidungsgrund, der von den Gesetzen angegeben wird.

§. 14. Wir würden hier noch leicht mehr zur Bestärkung unserer Meinung anführen können; allein wir hoffen, daß das, was wir bereits gesagt, hinreichend seyn wird. Aber wir würden nicht treu handeln, wenn wir blos unsere Gründe anführen, die gegenseitigen aber verschweigen wollten; nein wir wollen, so viel uns möglich ist, auch solche mit aller ihrer Stärke vortragen.

§. 15. Hauptsächlich gründet sich die gegenseitige Meinung auf verschiedene Gesetze q), auf deren richtige Erklärung es also ankommen wird, ob selbige auf gegenwärtige Streitfrage angewandt werden können. In der *L. 3 C. de dol. mal.* wird gesagt, daß einer emancipirten Tochter, die mit ihrem Vater wegen der von ihm geführten Vormundschaft einen Vergleich geschlossen hätte, wegen des dadurch erlittenen großen Schadens, die actio in factum gegen den Vater zustünde. Allein wir sehen nicht, wie man diesen in dem Gesetz vorgetragenen Fall auf gegenwärtige Streitfrage ziehen, und daraus eine Entscheidung für die gegenseitige Meinung hernehmen könne.

Der

q) L. 5. C. de dol. mal. L. 65. §. 1 ff. de cond. ind. L. 3. §. 1 ff. de transact.

Der Zusammenhang und eine genaue Betrachtung dieses Gesetzes lehrt, daß darin von dem Fall die Rede sey, wenn jemand boshafter Weise (dolose) zu einem Vergleiche beredet ist. Daß so dieses Gesetz müsse verstanden werden, ist leicht zu zeigen. Aus den Schlußworten dieses Gesetzes: *non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est*, ist offenbar, daß die Frage gewesen sey: ob der Tochter wider ihren Vater, wegen des von ihm bey dem Vergleich begangenen Betrugs, die actio doli zustünde? Die Beantwortung könnte nicht anders ausfallen, als daß der Tochter diese Klage wider ihren Vater abgesprochen, hingegen aber ihr die actio in factum gegeben würde, weil bekannt ist, daß die actio de dolo als eine actio famosa überhaupt gegen solche Personen, denen man Ehrerbietung schuldig ist, nicht kann angestellt werden r). Ein bey einem Vertrag aber begangener Betrug ist allezeit eine in den Gesetzen gegründete Ursache, jeden Vertrag aufzuheben, und kömmt es keinesweges dabey auf eine übermäßige Verletzung an, sondern auch eine sonst wenig beträchtliche Verletzung ist zur Begründung dieser Klage hinreichend s).

§. 16. Wider diese Erklärung macht man zwar von der Gegenseite den Einwurf, daß in obigem Gesetze

r) L. 11. §. 1 ff. de dol. mal.

s) L. 10 ff. de dol. mal.

Gesetze keinesweges von dem Fall die Rede sey, wenn betrüglich bey einem Vergleich gehandelt, sondern von einem solchen Vergleich, der auf Treu und Glauben geschlossen worden. Diese Behauptung suchen sie durch die Anfangsworte des Gesetzes, wo es heißt: *postea transegisti cum eo bona fide*, zu erweisen. Allein wollte man auch diese Erklärung für richtig annehmen: so würde doch daraus noch nichts geschlossen werden können; denn man sieht es leicht, daß diese angeführten Worte nicht auf den Vater, sondern auf die Tochter müssen gezogen werden. Es erhellet dieß theils aus dem Inhalte des Gesetzes selbst; denn die darin enthaltene Entscheidung war auf Anfrage der Tochter gegeben; theils selbst aus jenen angeführten Worten. Denn sollten diese auf den Vater gehen, und anzeigen, daß er auf Treu und Glauben den Vergleich geschlossen, so hätten sie so lauten müssen: *postea transegisti cum ea bona fide.*

§. 17. Auf gleiche Weise kann die *L. 65. §. 1 ff. de cond ind* nicht anders verstanden werden, als wenn bey einem Vergleich von einer Seite ein Betrug mit untergelaufen. Die Worte des Gesetzes zeigen solches deutlich an. Es heißt: *sin autem euidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.*

Daß hier unter den Worten *euidens calumnia* blos der Betrug (dolus) zu verstehen sey,

ist aus andern Gesetzen klar t); und daß Paulus, als der Verfasser dieses Gesetzes, eine gleiche Bedeutung damit verbunden habe, zeigen seine andern Schriften u). Ueberdem aber, wenn man auch dieß bey Seite setzen wollte, so kann man allezeit mit Gewißheit behaupten, daß Paulus nicht einmal bey Abfassung dieses Gesetzes auf jene in dem *L. 2. C. de resc. emt vend.* enthaltene Verordnung habe denken können. Die *L. 2. C. de resc. emt. vend-* ist ohngefähr im Jahr 293 gegeben, und also wenigstens 60 Jahr nach dem Tode des Paulus, der ohngefähr 230 starb.

§. 18. Der Fall, der endlich in der *L. 3. §. 1 ff. de trans.* enthalten, ist dieser: der Fideicommissarius hatte sich mit dem Erben wegen des ihm hinterlassenen Fideicommisses verglichen; nachher fand sich aber in den aufgefundenen Codicillen, daß dem Fideicommissarius weit mehr als im Testament hinterlassen war: und der Jurist Scävola that den Ausspruch, daß der Fideicommissarius hierauf Anspruch machen könne. Allein der Grund dieser Entscheidung beruhet nicht darin, weil der Fideicommissarius durch den Vergleich über die Hälfte lädirt worden ist, sondern vielmehr darin, weil ein Vergleich über eine Erbschaft nicht anders gültig seyn kann, als wenn man den Inhalt des Testaments gewußt hat x).

§. 19.

t) L. 1. §. 9 ff. de praetor. stip.
u) Lib. 1. recept. sent. tit. 5.
x) L. 6 ff. de transact.

§. 19. Dieß sind also die Gesetze, woraus man die entgegengesetzte Meinung erweisen will: denn der Grund, welchen man noch anzuführen pflegt, daß nämlich bey einer durch einen Vergleich erlittenen Verletzung über die Hälfte, eben die Billigkeit, denselben aufzuheben, obwalte, bedeutet hier gewiß nichts. Der Unterschied zwischen einem Kauf und Verkauf, und einem Vergleich ist augenscheinlich. Soll ein Kauf wegen einer Verletzung über die Hälfte aufgehoben werden, so ist es nicht genug, daß der Käufer weniger als den halben Werth erhalten habe, sondern er muß überdem auch noch dem Käufer die gekaufte Sache hingegeben haben. Allein bey einem Vergleich verhält es sich anders; denn außer daß das Object des Vergleichs ungewiß und zweifelhaft ist, so ist auch dasjenige, was durch einen Vergleich nachgelassen wird, ungewiß, und keinem gewissen Werth unterworfen y).

§. 20. Hieraus wird man leicht urtheilen können, in wie weit der von einigen Rechtsgelehrten gemachte und §. 1. angeführte Unterschied, wodurch sie diese Streitfrage zu entscheiden glauben, gegründet sey. Da wir keine Spuren in den Gesetzen finden, woraus jene Meinung bewiesen werden könne: so haben wir es auch nicht nöthig gehalten, uns dabey noch aufzuhalten, indem

y) L. 1 ff. de trans. L. 29. §. 5. in f. ff. ad leg. Aq.

indem wir glauben, daß selbst durch das, was wir gesagt, jene Meinung mit widerlegt sey.

Achte Meditation.

Mit dem Verkauf eines Erbrechts wird auch zugleich das ius accrescendi auf den Käufer transferirt.

§. 1.

Zur nähern Bestimmung unserer angenommenen Streitfrage wollen wir folgenden Fall annehmen: Es hat jemand in seinem Testamente zwey Erben eingesetzt, davon der eine sein Erbrecht an einen dritten verkanft.

Nach geschlossenem Verkauf ergiebt es sich, daß der zweyte Erbe die ihm zugefallene Erbschaft nicht annehmen will; es fragt sich daher, wem dieser ledige Erbtheil zufällt, dem einen Erben, nämlich dem Verkäufer seiner Erbschaft, oder dem Käufer derselben?

§. 2. Es ist diese Frage verschiedentlich beantwortet. Einige behaupten, daß dem Verkäufer der Erbschaft der ledige Antheil des Miterben zwar zufiele, weil das ius accrescendi nur unter Miterben statt fände; allein daß dem ohngeachtet der Käufer der Erbschaft das Recht hätte, durch die actio emti diesen angefallenen

Erbtheil von dem Verkäufer zu fordern a). Andere hingegen glauben, daß dem Verkäufer der Erbschaft der ledige Erbtheil zufalle b); noch andere, daß er schlechterdings dem Käufer gehöre c). Unter diesen verschiedenen Meinungen scheint uns die letztere den Gesetzen am angemessensten zu seyn. Wir hoffen dieses durch folgende Gründe erweisen zu können.

§. 3. Beym Verkauf einer Erbschaft überträgt einer auch zugleich alle Rechte mit auf den Käufer, die einem vermöge des Erbrechtes zustehen. Der Käufer erlangt also durch den geschlossenen Kauf eben die Rechte, die der Erbe würde gehabt haben d), wenn er wirklicher Erbe geblieben wäre.

Steht

a) *Coccei* ius contr. tit. de hered. et act. vend. qu. 8.

b) *Vinnius* sel. qu. Lib. 1. cap. 55. *Fachineus* contr. iur. Lib. 5. cap. 101. et Lib. 10. cap. 69. *Struv* ex. 23. §. 70. *Zoesius* ad ff. tit. de legat. cap. 3. n. 59 seqq. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de hered. vel act. vend. §. 9 seqq. *Hahn* ad Wes. eod. tit. n. 4. *Walch* contr. iur. Sect. 3. cap. 4. membr. 4. subs. 1. §. 5.

c) *Hunnius* resol. iur. ciu. Lib. 3. tr. 7. P. 1. qu. 8. *Harprecht* ad Inst. tit. de emt. vend. §. vlt. n. 23 seqq. *Schilter* prax. iur. rom. ex. 30. §. 68. *Menke* de iure accrescendi vend. heredit. ad emtorem pertinente.

d) L. 2. pr. ff. de hered. ve. act. vend.

Steht daher den Erben nur allein wegen ihres Erbrechts das ius accrescendi zu — ein Satz, welcher keines Beweises bedarf — ist das ius accrescendi nichts anders als ein annexum desselben, so muß auch nothwendig dieses Recht als ein accessorium, sobald das Erbrecht verkauft ist, zugleich mit auf den Käufer transferirt werden. Und daß dieser Satz nicht willkührlich angenommen, sondern durch Gesetze bestätigt wird, werden wir bey Untersuchung dieser Streitfrage noch umständlicher zeigen.

§. 4. Unsere Gesetze wollen nicht nur, daß der Verkäufer einer Erbschaft dem Käufer alles übergebe, was er zur Zeit des Kaufs von der Erbschaft in Händen habe, sondern daß er auch alles, was er noch etwa aus der Erbschaft erhalten sollte, ebenfalls dem Käufer restituire e).

Die Gesetze reden hier gar nicht undeutlich; und schon diese Verordnung könnte hier Beweis genug abgeben, wenn wir auch weiter keine Gründe für die diesseitige Meinung anführen könnten, besonders da die Gegner keine Gesetze aufweisen können, worin in diesem Fall eine Aus-

e) L. 2. §. 4 ff. de hered. vel act. vend. Non tantum quod ad venditorem hereditatis peruenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate peruenit, emtori restituendum est; et non solum quod iam peruenit, *sed et quod quandoque peruenerit, restituendum est.*

nahme und Abweichung von dieser Verordnung enthalten wäre.

§. 5. Allein die Gesetze unterstützen dadurch noch mehr unsern Satz, wenn sie den Käufer einer Erbschaft für den Erben selbst ansehen f), und ihm sowohl allen Schaden als Vortheil, der aus der Erbschaft herrührt, zuwenden g).

Ueberdem accrescirt der ledige Erbtheil nicht der Person des Erben, sondern der übrigen Erbportion h). Besitzt diese also jetzt ein anderer Käufer, ist dieser Herr und Eigenthümer davon, so gehört ihm auch der dieser Erbportion zugefallene Theil. — Wir haben diese Hauptgründe nur so kurz angeführt, weil sie theils zur Begründung unserer Meinung völlig hinreichend sind, theils weil sie von den angeführten mit uns einstimmigen Rechtsgelehrten weiter ausgeführt sind, worauf wir hier also verweisen können.

§. 6. Um aber auch zu zeigen, wie wenig Grund die Gegenseite für ihre Meinung hat, wollen

f) L. 2. §. 18 ff. de hered. vel act. vend. — sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere.

g) L. 2. §. 9 ff. eod. tit. Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

h) L. 23. §. 1 ff. de vsufr. L. 83 ff. de acquir. vel omitt. hered.

wollen wir auch ihre Gründe hier nicht übergehen. Wir werden uns aber bey ihrer Widerlegung um so mehr kürzer fassen können, weil sie sich theils schon durch die von uns angeführten Gründe von selbst widerlegen, theils aber auch diese Arbeit von andern berühmten Rechtsgelehrten zur Genüge ausgeführt ist.

§. 7. Die im 2ten §. angeführte erste Meinung: daß nämlich die ledige Erbportion dem Verkäufer seiner Erbschaft zwar zufiele, der Käufer diesen Theil aber durch die actio emti von ihm fordern könne, — braucht von unserer Seite keine Widerlegung, weil sie in der Hauptsache doch mit der unsrigen übereinkommt. Es wird also nur blos darauf ankommen, zu zeigen, daß die zweyte Meinung, die dem Verkäufer die ledige Erbportion zuerkennt, völlig grundlos und wider die klaren Verordnungen der Gesetze sey.

§. 8. Sie berufen sich vornehmlich auf die Natur und das Wesen eines jeden Kaufs. Sobald man etwas verkaufe, sagen sie, sähe man doch nur einzig und allein auf die Zeit des geschlossenen Kaufs.

Der Kauf erstreckte sich nicht weiter als auf die Sache, worüber man contrahirt habe: und woran man zur Zeit des Kaufs nicht gedacht, das könne man auch damals noch nicht mit ver-

kauft haben. Dieses sollen auch die Gesetze i) im gegenwärtigen Fall völlig bestätigen.

§. 9. Wenn man das, was wir bereits im 3ten §. angeführt haben, hier zu Hülfe nimmt, so sieht man leicht, wie wenig jener Satz hier Anwendung leiden kann. Geben wir auch zu, daß man zur Zeit des Verkaufs an das ius accrescendi noch gar nicht gedacht habe, so wird daher unser Satz noch nicht umgestoßen.

Ist das ius accrescendi ein bloßes Annexum des Erbrechts, so muß es schon stillschweigend unter dem Verkauf mit begriffen seyn, da es sich auf keine Weise von dem Erbrechte trennen läßt. Würde dieses in ähnlichen Fällen nicht auch so gehalten werden? Wenn z. B. jemand ein Grundstück kaufte, worauf eine gewisse Gerechtigkeit haftete, welche dem Verkäufer zur Zeit des Verkaufs noch nicht bekannt gewesen wäre, würde die nicht eben so gut wie das Grundstück mit verkauft seyn? — Das angeführte Gesetz bestätigt auch gar nicht jene Meinung. Es redet eigentlich von dem Fall, daß der Verkäufer einer Erbschaft dem Käufer nicht blos das ausliefern müsse, was zur Zeit des Todes des Erblassers, oder zur Zeit der angetretenen Erbschaft da gewesen, son-

i) L. 2. §. 1 ff. de hered. vel act. vend. -- Plerumque autem hoc agi videtur, vt quod ex hereditate peruenit, in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.

sondern daß auch alles das dem Käufer gehöre, was zur Zeit des Kaufs die Erbschaft in sich enthalten habe. Von dem, was nach dem Kauf der Erbschaft zufällt, redet der angeführte Paragraph des Gesetzes nicht, sondern dieses wird im vierten näher bestimmt, worin ausdrücklich gesagt wird, daß auch alles das, was noch künftig der Erbschaft zufalle, dem Käufer gehöre.

§. 10. Man sieht also aus dieser Erklärung des Gesetzes, wie wenig es unserer Meinung entgegensteht, und wie gut es sich mit ihr vereinigen lasse. Bey näherer Prüfung der noch übrigen Scheingründe werden wir dieses eben so finden.

Das ius accrescendi, wendet man ferner ein, nützet doch eigentlich nur den Erben, die der Testirer als Miterben verbunden und eingesetzt hat. Der Käufer einer Erbschaft aber wird durch den Kauf der Erbschaft niemals Erbe, und ist auch vom Testirer nicht dafür anerkannt; sondern derjenige bleibt dieses, der einmal die Erbschaft angetreten hat k). Selbst die Gesetze bestätigen dieses, wenn sie ausdrücklich sagen, daß die ledige Erbportion immer dem Miterben zufallen solle,

k) L. 7. §. 10 ff. de minorib. L. 88 ff. de hered. instit. -- non potest efficere, vt qui semel heres exstitit, desinat heres esse.

le, wenn er gleich die Erbschaft einem Dritten restituirt habe l).

§. 11. Die Widerlegung dieser Gründe werden wir um so mehr kurz fassen können, da sie in der That von geringer Erheblichkeit sind, und sich schon von selbst aus dem 5ten §. heben lassen. Denn wenn gleich der Testirer den Käufer zu keinem Miterben der Erbschaft eingesetzt hat, wenn gleich derjenige, der einmal Erbe ist, immer dem Namen nach Erbe bleibt, so verliert er doch durch den Verkauf seines Erbrechts auch zugleich mit dieses Recht. Er bleibt zwar dem Namen nach Erbe; allein die ledige Erbportion accrescirt auch nicht der Person des Erben, sondern, wie oben gezeigt worden, der übrigen Erbportion. Selbst die Gesetze sehen den Käufer einer Erbschaft für den Erben selbst an, und wenden ihm auch allen künftigen Vortheil aus der Erbschaft zu.

§. 12. Allein wenn doch nach der *L. 43 ff. ad SCt. Trebell.* immer dem Miterben die ledige Erbportion zufallen soll, falls er auch die Erbschaft einem Dritten restituirt hat, müßte man dann doch nicht hier eher für den Verkäufer sprechen?

Freylich, wenn dieses Gesetz so redete, ließe sich dieser Grund noch eher in unserm Fall anwenden; allein es sagt von allem dem nichts. Hierin

l) L. 43 ff. ad SCt. Trebell. *Walch* l. c. n. 2.

Hierin ist nur von einem mit einem Fideicommiß beschwerten Erben die Rede, der von der Obrigkeit gezwungen ist, die Erbschaft anzutreten und das Fideicommiß auszuzahlen. In diesem Falle macht sich der Erbe alles Vortheils, den er sonst aus der Erbschaft haben würde, verlustig; und wenn ihm noch ein lediger Erbtheil etwa accresciren sollte, so fällt dieser jetzt dem Fideicommissarius zu, ohne daß es nöthig ist, daß der Erbe deswegen nochmals die Erbschaft antritt.

§. 13. So wenig Grund dieses Gesetz hat, eben so wenig leidet auch das Argument hier Anwendung, daß in dem Fall, wenn jemandem als einem Unwürdigen sein Erbtheil genommen würde, ihm doch der übrige ledige Erbtheil deswegen immer zufiele m).

In diesem angeführten Gesetze ist wieder von einem ganz andern Fall die Rede. Es wird nämlich darin gesagt, wenn jemanden als einem Unwürdigen vom Fiscus eine Erbschaft genommen würde, so erhielte er deswegen doch ex substitu-

m) L. 43. §. 3 ff. de vulg. et pup. subst. — Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur, nec desinet heres esse, licet res, quae ita relictae sunt, auferantur; vnde et ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quantum scriptus esset; satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges.

stitutione des andern Erbtheil, weil er, wie das Gesetz noch hinzufügt, durch die Beraubung der Erbschaft schon genug bestraft sey. Allein man kann hier auch noch einen andern Grund anführen, nämlich diesen, daß man bey der substitutio pupillaris, wovon hier die Rede ist, nur blos auf die Person, die substituirt ist, siehet, bey dem iure accrescendi aber auf die Erbportion, so daß dem einen Erbtheil der andere zuwächst.

§. 14. Dieß werden ungefähr die Hauptgründe für die gegenseitige Meinung seyn, die wir auch hinlänglich widerlegt zu haben hoffen. Alle noch übrigen Gründe, — die gewiß keiner Widerlegung bedürfen und von weniger Erheblichkeit sind, — hier anzuführen, würde unnütz seyn. Wir können sie hier also nun sicher vorbeylassen und übergehen, da sie in Zusammenhaltung mit den diesseitigen Gründen von selbst schon ihr Gewicht verlieren werden.

Neunte

Neunte Meditation.

In wie weit abgetheilte Kinder an den Orten, wo die Gemeinschaft der Güter ist, auf die großväterliche Erbschaft Anspruch machen können.

§. 1.

Die Auflösung der Frage: **können abgetheilte Kinder ihren Großvater beerben:** bleibt allemal wichtig, und verdient um desto mehr beantwortet zu werden, je häufiger die Fälle sind, in welchen diese Frage vorkommen kann. Man kann aber so wenig diese Frage allgemein verneinen als bejahen, sondern die Beantwortung derselben muß nach den verschiedenen Fällen, die sich hiebey gedenken lassen, eingerichtet werden.

§. 2. Folgende zwey Fälle müssen hier vor allen Dingen von einander abgesondert werden. Es ist nämlich die Rede entweder von der Erbschaft eines Großvaters, dessen Sohn oder Tochter, nachdem sie zur zweyten Ehe geschritten, ihre Kinder abgefunden, oder dessen Sohn oder Tochter in der ersten Ehe gestorben, und deren hinterlassene Kinder von dem überlebenden Ehegatten hernach abgefunden sind.

§. 3.

§. 3. Bey dem ersten oben angeführten Fall lassen sich wiederum zwey Nebenfälle gedenken. Ist nämlich die großväterliche Erbschaft von dem Vater oder Mutter, die ihre Kinder abgetheilt, nach der Abschichtung adquirirt, so kömmt selbige in die Gemeinschaft der Güter zweyter Ehe, und die abgefundenen Kinder können keinen Anspruch darauf machen. Ganz anders aber ist der Fall, wenn die großväterliche Erbschaft erst nach dem Tode des Vaters oder der Mutter, die mit ihren Kindern getheilt haben, den Kindern anheim fällt: hier haben die Kinder erster und zweyter Ehe einerley Rechte, und gleichen Anspruch auf die Erbschaft ihres Großvaters a).

§. 4. Der oben im 2ten §. angeführte zweyte Fall war der: wenn nämlich der Großvater stirbt, dessen Sohn oder Tochter in der ersten Ehe gestorben, und deren hinterlassene Kinder von dem überlebenden Ehegatten hernach abgefunden sind.

Hier sind die abgefundenen Kinder blos allein die rechtmäßigen Erben ihres Großvaters mit Ausschließung ihrer Eltern; denn diese können so wenig aus dem Grunde einer Verwandtschaft, als der Gemeinschaft der Güter, auf die Erbschaft ihres Schwiegervaters Anspruch machen, weil theils keine Blutsfreundschaft unter beyden obwaltet, theils auch die Gemeinschaft der

a) *Mevius* ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. art. 33. n. 146.

der Güter durch die geschehene Abschichtung völlig aufgehoben ist b).

§. 5. Es sey uns erlaubt, zum Schluß dieser Materie noch eine praktische Bemerkung anzuführen. Vormünder handeln ihren Pflichten und dem Besten ihrer Pupillen gemäß, wenn sie im Namen derselben sich ausdrücklich das Erbrecht an der großväterlichen Erbschaft vorbehalten c). Sie können dadurch nicht nur zum öftern ihren Pupillen großen Vortheil verschaffen, sondern sichern sie auch vor einem kostbaren und langwierigen Rechtsstreit, der nicht selten über jene Frage entstehen kann.

b) *Engelbrecht* de legitima per quam ſeparantur liberi th. 30.

c) *Mevius* l. c. n. 147. *Cothmann* conſ. et reſp. Vol. 3. conſ. 9. n. 36.

Zehnte

Zehnte Meditation.

Bey Auszahlung eines Vermächtnisses siehet man lediglich auf die Münzsorten, die zur Zeit, da das Legat vermacht worden, nicht auf die, welche zu der Zeit, da der Testirer gestorben, gangbar gewesen.

§. 1.

Es kam diese Frage: in welcher Münzsorte ein Legat ausgezahlt werden müsse, wenn die Münze sich geändert? im letztern Kriege zur Untersuchung. Zur Erläuterung derselben wollen wir den Fall kürzlich anführen, und die Gründe anzeigen, die sowohl von Seiten des Erben als Legatarius zur Behauptung ihrer verschiedenen Meinung gebraucht wurden.

§. 2. Es hatte jemand in dem Jahre 1754 ein Testament errichtet, worin er R-d zum Universalerben eingesetzt hatte; F-h aber ein Legat von 800 Thlrn. hinterlassen, ohne jedoch die Münzsorte, in welcher das Legat ausgezahlt werden sollte, zu bestimmen. Zu dieser Zeit stand die Pistole noch zu 5 Thlr. Silbergeld; da aber der Testirer einige Jahre mitten in der Kriegszeit verstarb, war ihr Werth schon auf 13 Thlr. Silbergeld gestiegen.

§. 3.

§. 3. Der Unterschied hiebey ist augenscheinlich; denn wollte man hier auf die Zeit des Todes sehen: so hätte der Legatarius statt 800 Thlr. nur 307 Thlr. 16 Gr. $7\frac{5}{13}$ Pf. erhalten; wollte man aber die Zeit des gemachten Testaments zum Grunde legen: so mußte der Erbe, falls er den Legatarius im schlechten Gelde abfinden wollte, 2080 Thlr. auszahlen.

§. 4. Der Erbe war zwar zur Auszahlung des Vermächtnißes bereit; allein er wollte solches nicht anders als in dem damaligen cursirenden schlechten Gelde auszahlen: und dadurch kam diese Sache zur Klage, die am Ende aber doch zum Vortheil des Legatarius dahin entschieden wurde, daß der Erbe für schuldig erkannt wurde, das Legat der 800 Thlr. in der Münzsorte, und zwar die Pistole zu 5 Thlr. die zur Zeit des errichteten Testaments gangbar gewesen, auszuzahlen.

§. 5. Die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses werden sich daraus von selbst ergeben, wenn man beyderseitige Gründe gegen einander hält, und hiernach diese Streitsache beurtheilet.

§. 6. Die Meinung, daß ein Legat in der Münzsorte, die zur Zeit, da der Testirer gestorben, cursirt, müsse ausgezahlt werden, wurde von Seiten des Erben daher behauptet, weil theils ein Legat erst zu der Zeit, wenn der Testirer stürbe, seine Gültigkeit erhielte a), nicht zu der

a) L. 28 ff. quand. dies leg.

der Zeit, da das Testament gemacht, indem ein Testament immer widerrufen werden könnte; theils weil die Gesetze verordneten, daß man bey der Bezahlung die Zeit, da solche verrichtet würde, zum Grunde legen müsse b). Zudem habe er hier die Vermuthung für sich, daß der Testirer ein gleiches gewollt, weil bey dessen Lebzeiten die Münze sich so sehr verändert, ohne daß er doch ein anders verordnet hätte.

§. 7. Dem ersten Anblick nach können jene Gründe zwar von einiger Erheblichkeit zu seyn scheinen, da selbige nicht nur durch Gesetze unterstützt, sondern selbst von einigen Rechtsgelehrten behauptet werden. Allein die für die gegenseitige Meinung angeführten Gesetze reden von diesem Falle gar nicht, und können auch auf selbigen nicht gezogen werden. Denn ein *legatum fundi instructi*, von welchem die *L. 25 ff. quando dies leg.* redet, wird zwar erst zur Zeit, da der Testirer gestorben, adquirirt; es läßt sich aber daraus um deswillen keine allgemeine Regel hernehmen, weil hier eine Ausnahme von der Regel, nicht aber eine Regel enthalten ist. Und eben so wenig kann durch die Worte; *praesens tempus*, welche in der *L. 9 ff. de aur. arg. et mund. leg.* enthalten sind, die Zeit verstanden werden,

b) L. 9 ff. de aur. arg. et mund. leg. *Fachinei* controu. iur. Lib. 2. cap. 10. *Menochius* de praes. Lib. 4. praes. 127. n. 24. et in Cons. Vol. 1. cons. 49. n. 50.

werden da der Testirer gestorben, sondern sie müssen auf diejenige Zeit, da das Testament gemacht worden, gezogen werden, wie solches der ganze Inhalt des Gesetzes selbst zu erkennen giebt.

§. 8. Noch wenigerm Zweifel aber wird diese Meinung unterworfen seyn, wenn man die Gesetze, die für selbige streiten c), ansehen will. Diese sagen alle, daß man beständig bey Auszahlung eines Legats auf die Zeit, da das Testament errichtet worden, sehen müsse; und ist das gegründet, so kann auch bey veränderter Münzsorte um so weniger eine neue Verfügung des Testirers erfordert, auch daraus kein Grund für die gegenseitige Meinung hergenommen werden, wenn der Testirer es bey der im Testamente gemachten Anordnung gelassen und keiner besondern Münzsorte gedacht hat, indem darüber in den Gesetzen selbst Verordnungen gemacht sind, und der Testirer sich solchen, da er sich nicht in dem Stück, was für Münzsorte er hat verstanden wissen wollen, erklärt, unterworfen hat d). Endlich würde zum öftern selbst, wenn jene Meinung gegründet wäre, für den Erben der größte Scha-

c) L. 41. §. 4. de leg. 3. L. 7 et 40 ff. de aur. arg. et mund. leg.

d) *Averanius* interpr. iur. Lib. 3. cap. 2. n. 10. *Boehmer* cons. et resp. Tom. 2. part. 1. resp. 86. n. 22. *Schmid* Abhandl. in was vor Münzsorte ist eine Geldschuld abzutragen? pag. 290. *Wildvogel* de transl. fideic. §. 8.

Schaden erwachsen. Denn nimmt man hier den umgekehrten Fall an, daß nämlich zu der Zeit, da das Legat errichtet worden, das Geld schlechter gewesen wäre, als zur Zeit des Todes: so würde der Erbe, wenn er solches im guten Gelde auszahlen sollte, nicht nur den größten Schaden leiden, sondern es würde auch oft die ganze Erbschaft zur Auszahlung der Legate nicht hinreichen.

Eilfte Meditation.

Von dem Rechte Freymeister zu setzen.

§. 1.

Die Zünfte und Handwerker sind schon seit langen Zeiten ein Gegenstand der gemeinen Reichspolizey gewesen: es zeugen davon die vielen Reichs-Zunft- und Handwerksverordnungen a), deren Zweck ist, den bey den Zünften eingeschlichenen Mängeln, Gebrechen und Excessen abzuhelfen.

§. 2. Es schicken sich aber jene sonst vortreffliche Reichsgesetze nicht völlig mehr auf unsere jetzige Verfassung, und lassen sich daher auch nicht in allen Stücken anwenden; daher sind denn

a) P. V. v. J. 1530. 1548. 1577.

denn aufs neue jene Verordnungen durch den Reichsschluß von Abschaffung der Handwerksmißbräuche vom Jahr 1731, nach Maaßgabe der jetzigen Zeiten wieder erneuert, verbessert und vermehrt.

§. 3. Insonderheit ist durch diesen letztern Reichsschluß alle sich von den Zünften angemaßte Gewalt, die zur Schmälerung des Ansehens der obrigkeitlichen Gewalt abzielt, aufgehoben, und alle eingeschlichene Handwerksmißbräuche eingestellt; hingegen aber der Landesobrigkeit das ihr schon, vermöge der Landeshoheit und Reichsgesetze b), zukommende Recht, nach Gelegenheit der Zeit und Umstände die Zünfte zu bessern, zu ändern, ja gar aufzuheben, ausdrücklich bestätiget c).

§. 4. Es sind daher die Zünfte der Oberaufsicht des Landesherrn und der besondern Aufsicht der Obrigkeit jedes Orts unterworfen. Vermöge jener dem Landesherrn Kraft der Landeshoheit zustehenden Oberaufsicht über alle und jede Zünfte in seinem Lande kömmt ihm auch das Recht zu, gegen Zunftartikel zu dispensiren, selbige zu ändern, aufzuheben, und wenn er es für gut findet, Freymeister zu setzen d).

b) R. A. 1654. §. 106.
c) R. S. 1731. Art. 1.
d) *Stryk* V. M. tit. de colleg. §. 5. *Struv* iurispr. opif. part. 2. lib. 5. cap. 9. §. 3. Beier von

§. 5. Der Beweis dieses Satzes liegt selbst in den Worten jenes Reichsschlusses e); es heißt: **immaßen einem jeden Stand ohne das unbenommen bleibt, mit einem oder andern guten Arbeiter und Künstler nach Gelegenheit der Sache zu dispensiren, und denselben, auch wider der Zunft Willen, noch vielmehr aber an denen Orten, wo so viele Meister, die eine Zunft machen können, nicht wären, anzunehmen und zur Meisterschaft kommen zu lassen.**

§. 6. Zwar wird in diesen angeführten Worten nicht ausdrücklich dem Landesherrn das Recht, Freymeister zu setzen, zugeschrieben; allein daraus einen Grund zur Bestreitung dieses Rechts hernehmen zu wollen, würde gegen alle Grundsätze der Auslegungskunst streiten. Kann ein Regent Zünfte anordnen; kann er gegen Zunftartikel dispensiren; kann er sie ändern; ja kann er sogar die Zünfte aufheben: so ist der Schluß von dem Größern auf das Geringere auch völlig richtig, und dem Grunde des Gesetzes angemessen.

§. 7. So wenig aber dieses Recht, Freymeister zu setzen, dem Landesregenten abgesprochen werden kann, so wenig kann doch solches der Obrig-

von Handwerksrechten und Gewohnheiten, cap. 6. §. 15. 16.

e) R. S. 1731. Art. 13. in fin.

Obrigkeit in einer Municipalstadt beygelegt werden. Denn kann selbst die Obrigkeit einer Municipalstadt nicht einmal rechtsverbindliche Statuten ohne landesherrliche Confirmation machen f), sind selbst die Zünfte gehalten, ihre Zunftartikel zur Bestätigung der Landesobrigkeit zu überreichen: wie viel weniger können denn Unterobrigkeiten gegen Zunftartikel dispensiren, die blos von der Gnade des Landesherrn ihre verbindliche Kraft erlangt haben!

§. 8. Es lassen sich daraus nun leicht die Gründe beantworten, die der berühmte und große Rechtsgelehrte Mevius g) anführt, und nach welchen er dem Magistrat zu Stettin gegen den Fiscal das Recht, Freymeister zu setzen, zugesprochen. Denn wenn gleich jeder Stadtobrigkeit die Polizey und eine gewisse Aufsicht über die Zünfte zusteht: so ist doch theils unter der Landes- und Stadtpolizey ein großer Unterschied, und können auch dergleichen Ausnahmen nicht zur Stadtpolizey gerechnet werden; theils würde man auch mit eben so gutem Grunde schliessen können, daß einer Unterobrigkeit das Recht

f) Riccius Entwurf von Stadtgesetzen, 2ten Buches 2tes Hauptst. §. 5. 2tes Hauptst. §. 17. Strube rechtl. Bedenken 2ter Th. p. 366. 4ter Th. p. 145.

g) P. I. dec. 55. et in iur. Lub. part. 4. tit. 13. art. 3. in additam. ad n. 13.

zustehe, gegen Landesverordnungen zu dispensiren. Man kann also auch einer Stadtobrigkeit nicht anders dieses Recht beylegen, als wenn sie solches durch ein Privilegium erlangt hat.

Zwölfte Meditation.

Den Römern war die tutela pactitia unbekannt.

§. 1.

Nach dem römischen Rechte giebt es bekanntlich drey verschiedene Arten von Vormundschaften, nämlich die testamentarische, die gesetzmäßige, welche den nächsten Anverwandten des Pupillen übertragen, und die von der Obrigkeit jemanden aufgetragen wird.

§. 2. Die Deutschen haben diese drey Arten von Vormundschaften beybehalten; sie haben aber noch eine vierte Art hinzugethan, nämlich diejenige, die vermöge eines mit dem Vater der Pupillen eingegangenen Vertrags jemanden aufgetragen wird.

§. 3. So häufig und oft diese letzte Art von Vormundschaften bey uns vorkommen kann: so wenig kann man doch behaupten, daß selbige auch den Römern bekannt und bey denselben gebräuch-

bräuchlich gewesen sey. Man würde allerdings wider den Grundsatz der Römer, nach welchem sie die Vormundschaft mit einer Erbschaft verglichen a), anstoßen, wenn man dieß behaupten wollte. Was ist aber gewisser, als daß nach dem römischen Rechte keine Erbschaft durch einen Vertrag jemandem hinterlassen werden konnte? Ist es also wohl zu glauben, daß die Römer von diesem Grundsatze sollten abgegangen seyn, ohne durch deutliche Gesetze solches bestimmt zu haben b)?

§. 4. Diesem ohngeachtet aber giebt es doch Rechtsgelehrte von nicht geringem Ansehen, die jene Meinung, daß auch den Römern die tutela pactitia bekannt gewesen sey, vertheidigen c). Zur behauptung ihrer Meinung führen sie einige Gesetze an d), durch welche sie dieselbe völlig bewiesen zu haben glauben.

a) L. 73 ff. de reg. iur.

b) *Ludewig* differ. iur. rom. et germ. in tutela testam. et leg. *Hiller* figmentum tutelae pactitiae et conuent. *Knorr* de tutela pact. rom. incogn. *Schmid* de tutela pact. rom. incogn. *Xantrop* med. de fictitio tutel. pact. fundam. in iur. rom.

c) *Leyser* sp. 328. m. 1. *Reinhard* de tutel. pact. rom. non incogn. *Durries* de tutel. pact. tam in iure germ. quam rom. fundata.

d) L. 15. §. 1 ff. de excus. §. 9. I. de excus.

§. 5. Es wird also nur darauf ankommen, in wie weit die angeführten Gesetze jene Meinung unterstützen. Daß aber aus selbigen kein Grund zur Behauptung der gegenseitigen Meinung hergenommen werden könne, wird eine kurze Betrachtung derselben lehren.

§. 6. Der römische Rechtsgelehrte Modestin sagt in der *L. 15 §. 1 ff. de excus.* daß derjenige, **welcher dem Vater versprochen, die Vormundschaft zu übernehmen sich nicht entschuldigen könne.** Zu geschweigen, daß in diesem Gesetze noch gar nicht von einem Vertrag die Rede sey, so lehrt die Verbindung, worin er mit den andern Gesetzen steht, und der Titel selbst, worin er enthalten, deutlich, daß daselbst nur blos von den Ursachen, die zur Ablehnung einer Vormundschaft erfordert werden, die Rede sey: es muß also auch dieß Gesetz blos von dem Fall verstanden werden, wenn nämlich ein testamentarischer oder ein anderer Vormund, der sonst hinlängliche Ursachen sich zu entschuldigen hatte, dem Vater versprochen, daß er dem ohnerachtet die Vormundschaft übernehmen und sich der Entschuldigung nicht bedienen wolle. Handelt er nachher wider sein Versprechen, und will er die Vormundschaft nicht übernehmen, sondern seine habenden Entschuldigungen anführen: so steht ihm jenes Versprechen, sich nicht zu entschuldigen, entgegen, und er ist verbunden, die

Vor-

Vormundschaft zu übernehmen. Eben diese Erklärung findet auch bey dem angeführten §. 9. *l. de exc.* statt

§. 7. So wenig wahres hat also die gegenseitige Meinung an sich; und wir können daher auch nicht diese besondere Art der Vormundschaft aus dem römischen Rechte herleiten, sondern wir müssen den Ursprung derselben lediglich in den deutschen Rechten und Gewohnheiten suchen.

Dreyzehnte Meditation.

Zur Verjährung der persönlichen Klagen wird immer eine bona fides erfordert.

§. 1.

Wenn wir hier zur Verjährung der persönlichen Klagen eine beständige bona fides erfordern, so begreifen wir hierunter sowohl die praescriptio extinctiua, als acquisitiua. In Ansehung dieser letztern pflichten uns zwar alle Rechtsgelehrten fast einstimmig bey; allein in Ansehung der erstern sind viele gegenseitiger Meinung.

§. 2. Wir wollen, um hier alle Undeutlichkeit zu vermeiden, die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten gleich anführen, und nachher ihre Meinungen selbst prüfen und zu widerlegen suchen.

Verschiedene von ihnen sind der Meinung, daß eine bona fides nur alsdenn erfordert würde, wenn von einer praescriptio acquisitiua die Rede sey, bey einer praescriptio extinctiua sey sie niemals nöthig a). Andere halten dafür, daß sie bey der praescriptio acquisitiua und extinctiua, wenn

a) *Berger* resol. leg. obst. ad Lib. 44. tit. 3. p. 676. *Zanger* de except. P. 3. cap. 10. n. 107. *Franzkius* ex. 5. qu. 7. n. 8 et 12.

wenn mit dieser zugleich der Besitz einer fremden Sache verbunden sey, ein Hauptrequisitum abgäbe. Im Fall aber mit der extinctiua kein Besitz einer fremden Sache verbunden sey, würde sie auch von den Gesetzen nicht nothwendig erfordert b).

§. 3. Von diesen beyden verschiedenen Meinungen weichen aber andere Rechtsgelehrte gänzlich ab, und behaupten, daß ohne eine bona fides nie eine Verjährung der Klagen statt haben könne, wenn auch gleich derjenige, der sich der Verjährung bedienen wollte, in keinem Besitz einer fremden Sache sey c); als z. B. wenn jemand

b) *Cocceius* diſſert. 1. et 2. de finibus bonae fidei in praeſcript. In diſſert. curioſ. Vol. 1. diſſ. 91 et 92. *Menke* an requiratur bona fides in praeſcript. action. perſonal. *Boehmer* I. E. P. Lib. 2. tit. 26. §. 54 ſeqq. *Wernher* Tom. 1. P. 1. obſ. 183. *G. L. Boehmer* pr. iur. can. Lib. 3. ſect. 5. tit. 9. §. 635.

c) *Cothmann* conſ. et reſp. Vol. 2. reſp. 63. *Lynker* de b. f. in praeſcript. tam iure ciuil. quam can. neceſſaria. *Mevius* P. 4. dec. 283. n. 4. *Carpzov* Lib. 1. reſp. 33. *Gonzalez* ad cap. 5. X. de praeſcript. *Stryk* V. M. tit. de diu. temp. praeſ. §. 2 ſeqq. *Leyſer* ſp. 110. med. 5. ſp. 455. med. 8 et 12. *Pufendorf* Tom. 1. obſ. 115. *Pütmann* de legislatore Epheſino ad cap. 5. X. de praeſcript. *Hoepfner* de neceſſario bonae fidei ad praeſcript. actionum perſonal. requiſito.

jemand aus einem Kauf den Kaufschilling, oder aus einer Pacht die Miethe schuldig ist, so können doch die Kläger daraus, nicht in 30 Jahren verjährt werden, wenn der andere noch in mala fide sey. — Daß diese letztere Meinung mit den Verordnungen des geistlichen Rechts am meisten übereinstimme, auch selbst der Billigkeit am angemessensten sey, werden wir bey Untersuchung dieser Streitfrage noch näher zu zeigen Gelegenheit haben.

§. 4. Es würde überflüssig und unnütz seyn, wenn wir beyde uns entgegenstehende Meinungen, jede besonders widerlegen wollten; wir glauben, daß es hinreichend seyn wird, wenn wir hier nur die Hauptgründe der zweyten Meinung anführen und prüfen, da sich alsdenn hieraus von selbst schon die erstere Meinung widerlegen wird.

§. 5. Die in der Note b angeführten Rechtsgelehrten sind darin zwar mit uns einstimmig, daß zu einer praescriptio acquisitiua sowohl als zu einer extinctiua, wo zugleich ein Besitz einer fremden Sache sey, z. B. die actio commodati, depositi, pignoratitia u. s. w. eine bona fides immer erfordert würde; zu einer praescriptio exctintiua aber, wo zugleich kein Besitz einer fremden Sache sey, die bona fides nicht nöthig sey.

Sie glauben, daß sich hierauf der Begriff der mala fides gar nicht passe und hier keine Anwen-

dung leide. Böhmer erklärt in seinem I. E. P. am angeführten Orte die *bona fides* so: est iusta opinio, qua quis rem alienam, *quam possidet*, suam esse existimat, alienam ignorat; und die *mala fides:* qua quis rem alienam vt suam scienter possidet; und hieraus schließt die Gegenseite, daß also immer eine detentio rei alienae zum voraus gesetzt werde.

Allein wer sollte wohl nicht gleich von selbst einsehen, daß der Begriff von bona fides gar zu enge ist? Denn schon daraus erwächst eine mala fides, wenn jemand weiß, daß er einem was schuldig ist, und es nicht bezahlet d). Es wird also nicht immer der Besitz einer fremden Sache zum voraus gesetzt, wenn man sich eine bona oder mala fides gedenken will, und es läßt sich auch im geringsten nicht schließen, wer nicht eine fremde Sache besitzt, der kann auch nicht in mala fide seyn.

§. 6. Selbst die Stellen des geistlichen Rechts e), woraus die Gegner den Begriff der bona und mala fides erweisen wollen, sind hier ganz irrig ausgelegt und erklärt. Das 5te Kap. redet freylich von dem Besitz fremder Sachen: allein eines Theils enthält dieses Kapitel ein Rescript, und konnte daher auch nicht anders ausfallen; andern Theils aber läßt sich auch aus einer

d) *Gonzalez* l. c.

e) Cap. 5 et 20. X. de praescript.

ner generellen Verordnung eines Gesetzes nie eine so restrictive Erklärung von einer Sache formiren, die nicht weiter gehen soll, als der Fall, der in dem Gesetz enthalten ist.

§. 7. Und eben so verhält es sich mit dem 20sten Kap. Hier ist nicht blos von einer possessio rei alienae die Rede; denn unter dem Ausdruck *res* wird nicht immer eine körperliche Sache verstanden, sondern er wird, wie bekannt, auch oft im weitläuftigen Verstande genommen, und alles das darunter begriffen, was wir im Vermögen haben, z. B. Gerechtigkeiten u. d. gl. — Aber wir können in unserm angenommenen Fall uns auch immer den Besitz einer fremden Sache und Eigenthums gedenken; denn sobald man aus einem Kauf den Kaufschilling, aus einer Pacht die Miethe u. s. w. schuldig ist, so gehört der Kaufschilling und die Miethe nicht mehr unser, und wir besitzen ihn daher als eine fremde Sache, weil alles das, was wir sowohl in genere als specie zu restituiren verbunden sind, nicht mehr unser Eigenthum ist.

§. 8. Aber auch selbst die generelle Regel, die Innocentius der dritte im Anfange dieses 20sten Kap. festgesetzt hat, widerspricht der gegenseitigen Meinung ganz deutlich. Er sagt selbst: *quod non est ex fide, peccatum est;* er will also, daß man wider besser Wissen und Gewissen nichts thun solle. Er nimmt hierin besonders auf Recht und Unrecht Rücksicht, und

es

es läßt sich daher kein Grund angeben, warum der Pabst just hier keine bona fides sollte erfordert haben. — Würde hierin nicht eben so gut wider besser Wissen und Gewissen gehandelt werden, wenn jemand das nicht bezahlen wollte, was er aus einem Darlehn, Kauf, u. s. w. schuldig wäre, als darin, wenn jemand ein Pfand, ein Depositum, u. s. w. nicht wieder restituiren wollte? Sollte hierin der Pabst wohl in seinem Gesetze einen Unterschied gemacht haben, und sollte er wohl den ersten Fall nur von der gegebenen ganz generellen Regel allein ausgenommen haben?

§. 9. Es wird hiergegen zwar der Einwurf gemacht, daß die Verjährung hier zur Strafe eingeführt sey, damit die Leute nicht so nachläßig in ihren eigenen Sachen würden f), und dieses hernach nicht zu allerhand Streitigkeiten Anlaß gäbe. Allein wenn dieser Einwurf gegründet wäre, so müßte er auch eben so gut bey Realklagen seine Anwendung finden können; und hierbey wird ihn doch keiner einräumen. Und kann in diesem Falle nicht dem Schuldner eine eben so große Saumseligkeit beygemessen werden, wenn er seine Schuld nicht entrichtet, die er doch nach Recht und Billigkeit entrichten müßte, als dem Gläu-

f) L. 2. in pr. et L. 3. in fin. C. de annal. except.

Gläubiger, wenn er das nicht einfordert, was ihm ein anderer schuldig ist?

§. 10. Und so können wir also gar nicht den Schluß machen, daß, weil diese Verordnung des geistlichen Rechts der gemeinen Wohlfahrt zuwider sey, sie allezeit müßte mehr eingeschränkt als ausgedehnt werden. Denn woraus will man dieses behaupten? — Und gesetzt auch, es ließe sich dieses mit Grund annehmen, so haben wir hier klare Verordnungen der Gesetze, die wir, ohne von den Regeln der Hermenevtik abzuweichen, nicht nach unserm Gefallen und Gutdünken einschränken und erklären dürfen, wie wir wollen.

§. 11. Endlich will der Einwurf hier auch keinen starken Grund abgeben, daß, weil das geistliche Recht hier nichts gewisses festsetze, man das römische Recht zum Grunde legen müsse, da es immer in zweifelhaften Fällen mit jenem übereinstimme. Denn es ist falsch, daß das geistliche Recht hier nichts gewisses bestimmt habe. Es erfordert ja ganz generel zu einer jeden Verjährung eine bona fides; und deswegen, weil es dieses Falles nicht ausdrücklich gedacht hat, können wir nicht schließen, daß es ihm von der generellen Verordnung ausgeschlossen habe; vielmehr würde hierüber der Gegenseite der Beweis aufliegen.

Und eben so ist die Hypothese völlig grundlos, daß in zweifelhaften Fällen das geistliche

Recht

Recht mit dem römischen übereinstimme. Sie beruhet auf dem Satz: das römische Recht sey das ius primarium, und das geistliche das secundarium, und müsse daher dieses aus jenem erläutert werden. Dieses können wir aber nicht immer mit Grund annehmen; denn jedes Recht beruhet auf seinen eigenen Grundsätzen, und muß also nothwendig daraus erläutert werden.

§. 12. Würde es nicht überhaupt ganz ungereimt seyn, wenn wir allein in diesem Falle zu den Grundsätzen des römischen Rechts unsere Zuflucht nehmen wollten, da diese von den Grundsätzen des geistlichen Rechts so weit verschieden sind? Das römische Recht setzt hier eine Nachlässigkeit zum Grunde, und will deswegen nicht, daß man nach 30 Jahren mehr eine Klage anstelle; das geistliche Recht aber nimmt allein auf die bona und mala fides Rücksicht, und bestimmt darnach die Verjährung. Wie wenig lassen sich daher beyde Grundsätze hier vereinigen, und einer aus dem andern erläutern? Haben wir also in der Lehre von der Verjährung das geistliche Recht einmal angenommen, müssen wir dieses dabey immer zum Grunde legen, und erfordert dieses immer eine bona fides: so können wir auch nicht, falls die Gesetze nicht selbst von dieser generellen Verordnung eine Ausnahme machen, bey der Verjährung der persönlichen Klagen, selbst nicht bey der extinctiua, wo aller Be-

sitz einer fremden Sache fehlt, nach Gutdünken von dieser einmal festgesetzten Regel abweichen.

Vierzehnte Meditation.

Eine Schenkung auf den Todesfall, die unter der Bedingung eingegangen ist, daß man sie gar nicht widerrufen wolle, wird eine Schenkung unter den Lebendigen.

§. 1.

Eine jede Schenkung von Todes wegen kann, wie ein jeder letzter Wille, immer willkürlich widerrufen werden; und hierin unterscheidet sie sich besonders von einer Schenkung unter den Lebendigen: diese bleibt der Regel nach immer fest und beständig, und kan nur in einigen, in den Gesetzen bestimmten Fällen aufgehoben werden.

§. 2. Die Schenkung von Todes wegen kann aber auch oft unter der Bedingung eingegangen werden, daß man sie auf keinen Fall widerrufen wolle; und hier entsteht nun der Zweifel, ob in dem Falle diese Schenkung eine Schenkung von Todes wegen bleibe, oder ob sie in eine Schenkung unter den Lebendigen verändert werde? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hierüber getheilt: einige behaupten, daß es alsdenn

eine

eine Schenkung unter den Lebendigen würde; andere, daß es immer die erste Schenkung bliebe.

§. 3. Eine nähere Untersuchung dieser Rechtsfrage ist von keinem geringen Nutzen, und wir werden hievon unten noch etwas weiter reden.

Diejenigen Rechtsgelehrten a), welche behaupten, daß diese Schenkung hier immer eine Schenkung von Todes wegen bliebe, führen für ihre Meinung einige Gesetze b) an, die eine völlige Entscheidung in dieser Sache geben sollen. Allein es wird nicht schwer fallen, sowohl aus selbigen ihren Satz zu widerlegen, als durch Anführung diesseitiger Gründe zu zeigen, daß eine Schenkung von Todes wegen, die unter der Bedingung eingegangen worden, daß sie nie solle widerrufen werden, auch gleich eine Schenkung unter den Lebendigen werde.

§. 4. Wenn man auch gleich zugeben wollte, daß die unten in der Note b) angeführten Gesetze von einer wirklichen Schenkung von Todes wegen redeten, und daß die angeführte Novelle eine gesetzliche Kraft hätte, wie doch beydes von ei-

a) *Hunnius* resolut. iur. ciu. Lib. 2. tract. 4. qu. 2. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de mort. caus. donat. in pr. *Moeckert* de donatione inter viuos reuocabili et mort. causa reuocabili.

b) L. 13. in fin. L. 35. §. 4 ff. de mort. caus. don. Nou. 87.

rigen c) in Zweifel gezogen wird, so läßt sich daraus doch noch gar nicht die gegenseitige Meinung erweisen. Diese Gesetze sagen höchstens nur dieses, daß es bey dieser Schenkung erlaubt sey, sich in gewissen Fällen des Rechts, sie zu widerrufen, zu begeben; aber gar nicht, ob eine solche Schenkung auf den Todesfall, die unter der Bedingung eingegangen worden, daß sie gar nicht sollte widerrufen werden, eine Schenkung von Todes wegen bleibe. Ein andres ist, ob man sich in gewissen Fällen seines Rechts begeben könne, ein andres, ob eine solche Schenkung alsdenn nicht eine Schenkung unter den Lebendigen werde. Und daß dieses sey, läßt sich aus mehr als einem Grunde behaupten.

§. 5. Eine jede Schenkung von Todes wegen ist, wie bekannt, der quartae Falcidiae unterworfen, und der Erbe kann von ihr, wie von einem jeden Legat, so viel nach Verhältniß davon abziehen, daß er den nach den Gesetzen ihm von der Verlassenschaft zukommenden Theil rein für sich behält. Bey dieser unter der angeführten Bedingung eingegangenen Schenkung auf den Todesfall haben die Gesetze d) aber die Abzie-

c) *Carpzov* P. 3. const. 1. def. 39. *Hahn* ad Wesenb. tit. de mort. caus. donat. n. VI. verb. *Vt sit adiecta clausula.*

d) L. 27 ff. de mort. caus. donat. Vbi ita donatur

ziehung der Quarta Falcidia gänzlich verboten. Bliebe diese Schenkung nun eine Schenkung von Todes wegen, so müßte von ihr auch allerdings diese Quarta abgezogen werden können.

§. 6. Nach den Verordnungen der Gesetze e) ist es Mann und Frau erlaubt, sich von Todes wegen unter einander zu beschenken; nur eine Schenkung unter den Lebendigen können sie unter sich nicht eingehen. Verbieten also die Gesetze f), daß eine Schenkung auf den Todesfall, die mit der Bedingung eingegangen worden, daß sie nicht solle widerrufen werden können, unter Mann und Frau nicht bestehen solle: so wird man dieses doch für nichts anders als eine Schenkung unter den Lebendigen halten können.

§. 7. Ueberhaupt streitet ein solches Pactum auch offenbar wider die Natur und Eigenschaft einer Schenkung von Todes wegen, da eine solche Schenkung immer nach Willkühr kann widerrufen werden. In diesem Fall also muß noth-

natur mortis causa, vt nullo casu reuocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio, et ideo perinde haberi debet, atque alia quaeuis inter viuos donatio, ideoque inter viros et vxores non valet, et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione.

e) L. 9. §. 2. et L. 10 seqq. de donat. int. vir. et vxor.

f) L. 27 ff. de mort. caus. donat.

wendig nach der Analogie der Rechte g) diese Schenkung in eine Schenkung unter den Lebendigen verwandelt werden. — So viel Grund hat die diesseitige Meinung für sich, und daher haben auch die meisten Rechtsgelehrten h) ihr beypflichten müssen.

§. 8. Von der rechten Bestimmung dieser Streitfrage hängt gewiß sehr viel ab; denn hält man eine solche Schenkung für eine Schenkung unter den Lebendigen, so muß sie auch insinuirt werden, wenn sie über 500 Dukaten beträgt i); sie geht auf die Erben, wenn derjenige, dem eine Sache geschenkt worden, vor dem Schenker gestorben ist, und die Sache noch nicht erhalten hat; von ihr kann die Quarta Falcidia nicht abgezogen werden, und Mann und Frau können sich auf diese Weise nichts schenken, wie schon oben ist erinnert worden. Dieß sind nur einige wesentliche Stücke, die den großen Unterschied deutlich zeigen, für welche Meinung man sich erkläre: man könnte hier leicht noch mehrere anführen;

g) L. 36 et 72 ff. de contrah. emt. vend.

h) *Vinnius* sel. iur. quaest. Lib. 2. cap. 34. *Stryk* caut. contr. Sect. 3. cap. 9. §. 10. et in V. M. tit. de mort. caus. donat. §. 8. *Carpzov* Lib. 5. tit. 7. resp. 55. n. 11 seqq. *Mevius* P. 6. dec. 332.

i) *Hahn* ad Wes. l. c.

ren; aber aus diesen wird sich die Wichtigkeit dieses Satzes schon leicht genug einsehen lassen.

Funfzehnte Meditation.

Vom Vorkaufsrecht, und in wie fern es an einen Dritten kann abgetreten werden.

§. 1.

Das Vorkaufs-Näherecht oder Abtrieb (ius protimiseos, ius retractus), wovon hier eigentlich die Rede ist, kann uns sowohl wegen Verwandtschaft, als auch aus einem Vertrage zustehen. Ersteres ist von sehr altem Ursprung, und schon zu den Zeiten der jüdischen Republik bekannt gewesen a).

Der Grund, warum man dieses Recht eingeführt hat, beruhet wohl hauptsächlich darin, damit die Güter, die einmal in einer Familie sind, in derselben bleiben und nicht zu sehr unter Fremde zerstreuet werden.

a) 3ten Buch Moses 25, V. 25. Jeremias 32, 7 f.

§. 2. Bey den Römern war dieses Vorkaufsrecht schon aufgehoben b), weil man es als eine gar zu große Einschränkung der Freyheit im Verkaufen ansahe. In Deutschland aber ist es theils durch besondere Landesgesetze, theils durch eine fast durchgängig hergebrachte Gewohnheit wieder eingeführt c). Da aber diese nicht durch allgemein verbindende Gesetze an allen Orten ihre Gültigkeit erlangt hat: so muß dieses Vorkaufsrecht daher auch immer von demjenigen bewiesen werden, der dieses Recht ausüben will d).

§. 3. Es stehet dieses Vorkaufsrecht allen Blutsverwandten aus einer Familie zu; der Nähere hat aber vor dem Entferntern immer ein Vorrecht: doch will sich jener seines Rechts nicht bedienen, so tritt der auf ihn folgende in seine Stelle. Sind mehrere mit dem Verkäufer in gleichem Grade verwandt: so haben sie alle zum Vorkauf gleiche Rechte. Allein es kann hier die Frage entstehen: **ob derjenige von den Blutsverwandten, dem dieses Vorkaufsrecht zusteht, sein Recht auf eine fremde Person übertragen könne?**

§. 4.

b) L. 14. C. de contrah. emt. vend. *Leyser* sp. 193. med. 1.

c) *Gail* Lib. 2. obs. 19. n. 1 seqq.

d) *Stryk* V. M. tit. de contrah. emt. vend. §. 16. *Leyser* sp. 196. med. 2 seqq.

§. 4. Geht man auf den wahren Grund zurück, weswegen dieses Recht hauptsächlich eingeführt ist (§. 1.), so wird man wohl diese Frage nothwendig verneinend beantworten müssen. Denn sobald man diese Freyheit hier erlaubt, so wird auch jene Absicht, daß die Güter, die einmal in einer Familie sind, nicht so leicht an Fremde kommen sollen, gleich vereitelt werden. Das Gesetz würde also schlecht seinen Zweck erreichen. — Zudem ist dieses auch ein blos wegen Blutsverwandtschaft zustehendes ganz persönliches Recht, dergleichen Rechte aber nach den Gesetzen e) niemanden können cedirt werden.

Und so würde auch das Recht eines Dritten immer durch die Abtretung des Vorkaufsrechts an einen Fremden geschmälert werden. Die ganze Familie, daraus Güter verkauft werden, haben alle ein Recht zum Vorkauf; sobald es sich der Näheste aus der Familie nicht bedienen will, kann es der auf ihn folgende thun. Könnte also an einen Fremden auf eine beständige Weise das Vorkaufsrecht abgetreten werden, so litten die übrigen nothwendig an ihrem Rechte; man müßte denn den unwahrscheinlichen Fall annehmen, daß sich die ganze Familie ihres Rechts begeben und in die Abtretung des Vorkaufs gewilliget hätte. Und aus die-

e) L. 34 ff. de pactis. L. 8 ff. de reg. iur. cap. 7. de reg. iur. in 6to.

sem Grunde würde auch nicht einmal die Abtretung des Vorkaufsrechts an einen entferntern Verwandten erlaubt seyn, so lange noch nähere da wären.

§. 5. Die Gründe, die man etwa der diesseitigen Meinung entgegenstellen könnte, sind alle von weniger Erheblichkeit; man brauchte sie nur anzuführen, und sie würden sich aus dem Vorhergehenden schon von selbst widerlegen. — Man wendet gemeiniglich ein: ein jedes Recht könne doch der Regel nach immer cedirt werden, so lange die Gesetze dieses nicht ausdrücklich in besondern Fällen untersagten. Ohne sich darauf einzulassen, in wie weit dieser Satz seine Richtigkeit habe, kann man ihm zur Entkräftung nur blos den Grund, warum dieses Vorkaufsrecht eingeführt worden, entgegensetzen. Sobald dieser durch eine Cession zernichtet wird, sobald ein Gesetz dadurch seines Hauptzwecks verfehlt, kann auch eine Cession von keiner Wirkung seyn. Sie darf nicht erlaubt werden, wenn das Gesetz selbst anders nicht ohne Nutzen seyn soll. Dieses mit dem, was im vorigen Paragraph angeführt worden, zusammengenommen, wird zur Entkräftung dieses Grundes völlig genug seyn.

§. 6. Von nicht größerer Erheblichkeit, wie voriger, ist der Einwurf: daß das Verkaufsrecht nur den Verwandten in Ansehung der Güter zukomme, und daher auch, wie ein jedes Recht,

das

das man auf eine Sache hat, an einen andern könne abgetreten werden.

Dieser Satz muß hier nothwendig seine Einschränkungen leiden. Denn wenn den Blutsverwandten gleich wegen der aus ihrer Familie verkauften Güter das Vorkaufsrecht zusteht, so ist es doch einzig und allein ihre Person und die Verwandtschaft, die ihnen die Befugniß dazu giebt. Hiedurch müssen sie sich vornehmlich zu diesem Recht qualificiren können. Sobald ihnen diese fehlt, und so lange die nicht zugleich mit einer fremden Person kann cedirt werden, steht auch keinem andern als einem Blutsverwandten dieses Vorkaufsrecht zu f).

§. 7. Außer diesem Vorkaufsrechte giebt es noch ein anderes, das jemandem aus einem errichteten Vertrage zustehen kann. Hier verhält sich die Sache ganz anders: denn man nimmt hier nicht wie bey dem vorhergehenden auf die Verwandtschaft, sondern auf den Vertrag Rücksicht; es fallen also jene oben angeführten Gründe hier von selbst weg.

Es

f) *Reinking* de retractu consang. qu. 2. concl. 2. n. 522 seqq. *Carpzov* P. 2. const. 31. def. 9. *Stryk* de iuribus et actionib. non cessibil. cap. 5. §. 8. *Graſs* de cessione retractus. *Walch* de iure liberorum bona a parentibus alienata retrahendi.

Es ist daher auch kein Zweifel, daß dieses aus einem Vertrag einem zustehende Recht, falls im Vertrage nicht ausdrücklich ein anderes ausgemacht worden, nicht sollte einem andern abgetreten werden können. Dieß ist so wenig in diesem Falle als bey andern Rechten, die einem aus einem Vertrage ohne Einschränkung zustehen, verboten g). Haben also hier die Gesetze kein anderes verordnet, so dürfen wir auch eben so wenig Einschränkungen darüber machen.

g) L. 9. C. de hered. vel act. vent. *Brunnemann* de cessionib. c. 4. n. 34 seqq. *Mantica* de tacit. et ambig. volunt. Lib. 4. tit. 32. n. 13. *Carpzov* Lib. 2. const. 32. def. 20. *Berlich* P. 2. concl. 39. n. 52. *Stryk* de success. ab intest. diss. 6. cap. 2. §. 6.

Sech-

Sechzehnte Meditation.

Der Genuß eines für die studirende Jugend ausgesetzten Familienstipendiums schränkt sich nicht blos auf die Zeit ein, da einer auf Akademien ist, sondern ein solches Stipendium kann unter gewissen Umständen auch noch nachher gehoben werden.

§. 1.

Es hat Leyser in seinen Meditationen über die Pandekten a) diese Materie schon besonders abgehandelt. Gegenwärtiger Fall aber weicht noch in verschiedenen Stücken von jenem von Leyser angeführten ab, und daher wird es auch nicht überflüßig und ohne Nutzen seyn, wenn wir hier diesen besondern Fall mit einer kurzen Geschichtserzählung und zweyen darüber abgefaßten rechtlichen Gutachten mit einrücken.

§. 2. Es hat ein gewisser Kaufmann vornehmlich für seine studirenden Verwandten ein gewisses Capital zu einem Stipendium ausgesetzt, davon N=s die jährlichen Zinsen nicht nur auf Schulen und Universitäten, sondern auch noch

a) Sp. 383. med. 5.

noch nachher viele Jahre bis an sein Ende genossen, ob er gleich noch eine Schwester und Schwester-Söhne am Leben gehabt. Nach erfolgtem Ableben des **M** s kam dessen zweyter Sohn **Bernhard**, der sich dem Studiren gewidmet hatte, wieder zur Hebung dieses Stipendiums, und genoß solches sowohl auf Schulen und Universitäten, als auch noch verschiedene Jahre nachher. So wenig die Obrigkeit des Orts, als Collatores dieses Beneficii; als weniger des Bernhards älterer Bruder **Johann**, und dessen Schwester **Katharine** machten jemals wider diese Hebung Widerspruch noch Erinnerung.

Wie aber nachher des ältern Bruders **Johann** Vermögen in Concurs gerieth, protestirten dessen Gläubiger gegen die fernere Auszahlung der Stipendiengelder an den jüngern Bruder **Bernhard**, und bestanden darauf, daß dieser von der Zeit an, da er von Akademien zurückgekommen wäre, die jährlich gehobenen Stipendiengelder wieder herausgeben sollte. Sie führten zugleich an, daß von der Zeit an dieses Stipendium, das nur für die studirenden Verwandten ausgesetzt wäre, dem ältern Bruder **Johann** und dessen Kindern den Rechten nach gebühret, weil dieser der ältere Bruder sey, und ihm seine Kinder hier auf Schulen auch vieles gekostet hätten. Da nun der jüngere Bruder **Bernhard** diese Gelder incompetenter gehoben, so sey er auch

schul-

schuldig, sie jetzt zum Behuf der noch unbezahlten Gläubiger ad concursum zu restituiren.

§. 3. Ueber diese Geschichtserzählung, die hier nur etwas mehr ins Kurze gezogen ist, wurde darauf von einer gewissen Juristenfacultät ein rechtliches Gutachten eingeholt, worin der von den Gläubigern des in Concurs gerathenen ältern Bruders **Johann** gemachte Anspruch an die von **Bernhard** nach seinen zurückgelegten akademischen Jahren jährlich gehobenen 20 Thaler Stipendiengelder als unerheblich erachtet wurde. — Aus folgenden Zweifels- und Entscheidungsgründen wird es sich mit mehrerm ergeben, daß dieses Erkenntniß den Rechten völlig gemäß sey.

§. 4. Obwohl sonst der Regel nach die studiorum causa fundirten Familienstipendia nach der Intention der fundatorum den Stipendiaten nicht länger pflegen gereicht zu werden, als ihr Cursus studiorum auf Schulen und Akademien dauert, wie denn nach Inhalt verschiedener Landes- und Kirchenordnungen dieses vornehmlich mit ad curam inspectorum gehört, daß der Genuß von dergleichen Stipendien zum Nachtheil anderer Expectanten nicht vltra terminos legitimos extendirt und concedirt werde b), auch

b) *Ahasv. Fritsch* in Tr. de stipendiis et stipendiatis scholaribus cap. 9. n. 45.

auch wohl nach Gelegenheit und Beschaffenheit der Umstände, wenn solche stipendia percepta nicht zu den Studiis angewendet, oder diese nachher abandonnirt worden, per condictionem causa data, causa non secuta wieder gefordert werden können c); ferner auch die von dem ältern Bruder **Johann** intentirte Repetition der von dem jüngern Bruder **Bernhard** incompetenter gehobenen Stipendiengelder um so viel gegründeter zu seyn scheint, als er theils die praerogatiuam aetatis vor sich hat, theils auch mit mehreren Söhnen versehen ist, welche er bisher zur Schule gehalten, und auf die er an Schulgelde ein ziemliches verwendet hat; in diesem Betracht aber dessen Gläubiger, als denen dadurch so viel entgangen ist, in seine iura treten, mithin da sie hiebey nichts anders als die Redintegrirung und Vermehrung der Concursmasse suchen, daß ihr an die von dessen Bruder **Bernhard** nach zurückgelegten academischen Jahren bis hieher gehobenen Gelder gemachter Anspruch zu Recht allerdings bestehen könne, es das Ansehen gewinnet.

§. 5. Da es aber dennoch auch nicht ungewöhnlich ist, daß solche Familienstipendia, welche den Studirenden zum Besten errichtet sind, nicht allein propter futura, sondern auch praeterita

c) *Claproth* in diatribe de stipendiis familiae §. 81.

ita studia, mithin nach geschlossenen akademischen Jahren, wenn zumal darunter keinem andern fähigen Subject Unrecht geschieht, eben so wohl pflegen gereicht zu werden, und weder durch erfolgte Ehrenstellen noch erlangte Glücksgüter verloren gehen d), besonders da bey dergleichen beneficiis die Studia (wie schon Leyser an a. O. angemerkt hat,) nur eine causam impulsiuam oder modum abgeben, und nicht sofort eine conditionem resolutiuam oder diem ad quem involviren; in den Rechten aber verordnet ist, daß dergleichen jährliche Prästationen, wo nicht ein anderes disponirt worden ist, der Regel nach so lange dauern sollen, als der percipiens am Leben ist, und cessante modo adiecto nicht gleich aufhören e). Wenn nun auch hiernächst im gegenwärtigen Fall die intentio funtatoris nicht völlig klar seyn sollte, gleichwohl aber doch der jüngere Bruder Bernhard nur dem Beyspiele seines Vaters gefolgt, welcher dieses Stipendium nach geschlossenen akademischen Jahren bis an sein Ende genossen hat, auch des Orts Obrigkeit, als Collatores dieses Beneficii, ihn ohne Widerrede in dem Genuß gelassen, folglich er interpretationem vsualem et obseruantiam diuturnam

für

d) *Claproth* diss. cit. §. 56 et 57. ibique cit. *Leyser* sp. 383. med. 4 seqq. *Hoffmann* de stipendiis p. 33.

e) L. 20. pr. ff. de ann legat. L. 20 §. 3 ff. de aliemnt. vel cibar. *Leyser* l. c. med. 5.

für sich hat, auch sich von des ältern Bruders Johann Söhnen keiner dem Studiren gewidmet hat; aus diesen Umständen also auch die praerogatiua aetatis des ältern Bruders, noch das bisher für seine Söhne bezahlte Schuldgeld, als wozu jeder Vater für seine Kinder, wenn sie sich auch gleich den Studien nicht widmen, vermöge seiner ihm obliegenden Pflicht ohnedem verbunden ist — hier nicht in Betracht kommen können; vielmehr hier allenfalls, und wenn nicht obseruantia in contrarium im Wege steht, die vsurae vacantis stipendii nicht dem ältern Bruder **Johann** zu statten kommen würden, sondern vielmehr dem künftigen Stipendiaten zum Besten zum Capital geschlagen werden müßten f).

Wenn nun aber auf solche Weise der debitor discussus selbst an das Stipendium keinen gegründeten Anspruch machen kann, so wird auch der von dessen Gläubigern gemachte Anspruch nicht zu Recht bestehen können.

§. 6. Wie hernach diese Sache noch weiter fortgesetzt wurde, so wurden die sämtlichen Acten an eine andere Juristenfacultät geschickt, deren Urtheil auch mit diesem rechtlichen Gutachten völlig übereinstimmend war. Was in den verhandelten Acten von beyden Seiten noch weiter vorgebracht wurde, wird sich aus folgenden

Zwei-

f) *Boehmer* de iure custodiendi reditus vacantis beneficii.

Zweifels- und Entscheidungsgründen zeigen; wir werden diese aber hier nicht weiter einrücken, als solche noch nicht im vorigen Gutachten mit enthalten sind.

§. 7. Obwohl klagende Gläubiger anführen, daß dieses Stipendium nur zum Besten der studirenden Jugend gedachter Familie, keineswegs aber um die Familie damit zu erhalten, noch weniger aber auf des beklagten **Bernhards** Person concedirt worden sey, und daher auch Beklagter schuldig gewesen, nach geendigtem cursu studiorum dieses Stipendium, da er daran weiter kein Recht gehabt, seinem Bruder für seine zum Studiren angehaltene Söhne zukommen zu lassen; und da er solches nicht gethan, dasjenige, so er indebite genossen, jetzo wieder herauszugeben schuldig sey; und die Einwendung des Beklagten, daß er von der Obrigkeit des Orts, als Collatores dieses Beneficii. die erforderliche Anweisung zu dem Genuß dieses Stipendiums erhalten habe, keine Hinderung mache, weil diese von der Beschaffenheit des Stipendiums nicht informirt gewesen ist. Ferner, wenn solchergestalt die Herausgebung der indebite genossenen Gelder seine Richtigkeit habe, auch kein Zweifel wäre, daß den Klägern davon ihre Befriedigung zu suchen gebühre, weil sie mehrmalen von ihrem Debitor, des Beklagten Bruder, auf mehrgedachtes Stipendium vertröstet worden wären. — Welchem allen noch beygefügt werden

könnte, daß, obgleich des Beklagten Bruderskinder noch nicht auf Universitäten gewesen wären, dennoch auch solche, die sich noch auf Trivialschulen befinden, wenn die Stiftung nicht ausdrücklich auf Universitäten lautet, von dem Genuß eines Stipendiums nicht ausgeschlossen werden mögen g); anbey zwar bekannt, daß de praeterito keine Alimente (mit welchen die Stipendien verglichen zu werden pflegen,) ordentlicher Weise gefordert werden mögen, gleichwohl aber dieses nur bey solchen Alimenten, quae solo iudicis officio debentur, statt findet, dahingegen alimenta, quae iure actionis ex promissione vel dispositione quadam debentur, wie sich solches bey diesem Stipendium zu befinden scheint, ohne Zweifel auch de praeterito zu bezahlen sind h).

§. 8. Weil aber bey einem Stipendium, wenn keine gewisse Zeit, wie lange es der Stipendiarius genießen solle, ausgedruckt ist, wie im gegenwärtigen Fall geschehen, — die Bestimmung dieser Zeit von dem Gutbefinden derjenigen, welchen die Administration und Besorgung desselben zukommt,

g) *Richter* Vol. 1. P. 1. conf. 50. pag. 318. *Schroeter* in problem. an stipendium familiae ei sit concedendum, qui ob praerogatiuam alterius durantibus annis academicis consequi haud potuit §. 20.

h) *Carpzov* P. 2. const. 10. def. 31.

kommt, abhängt i), und daher auch, wenn in solchem Fall das Stipendium schlechterdings ohne Benennung einer Zeit conferirt wird, sich kein anderer Schluß machen läßt, als daß derselbe solches, bis darüber anderergestalt verordnet worden, zu genießen haben solle, und widrigenfalls, wenn es des Beklagten Bruder für seine Söhne hätte haben wollen, er sich darum gehörigen Orts melden und die nöthige anderweitige Disposition hätte auswirken müssen, woran es aber so weit fehlt, daß sich vielmehr deutlich offenbaret, wie sich derselbe zeither dieses Stipendiums stillschweigend begeben habe, indem er, außer daß er solches seinen Bruder beständig erheben lassen, sogar, wie in den verhandelten Acten angeführt wird, ihm jährlich noch 25 Thlr. Interesse bezahlt hat, welches vernünftiger Weise nicht würde geschehen seyn, wenn er die von seinem Bruder gehobenen Stipendiengelder in Anspruch zu nehmen Willens gewesen wäre k). Bey welchen Umständen auch jene Zweifelsgründe schon von selbst wegfallen, und hier keine Anwendung finden können; nicht zu gedenken, daß noch gar nicht einmal erwiesen ist, ob des Beklagten Bruderskinder sich dem Studiren widmen wollen. Aus diesen Gründen mußte daher auch Beklagter nothwendig

i) *Carpzov* P. 2. dec. 198. p. 523.

k) *Cocceii* de silentio §. 16 seqq.

dig von der, von seines Bruders Gläubigern gegen ihn angestellten Klage entbunden werden.

Siebzehnte Meditation.

Eine geschwächte Person kann auch alsdenn eine Ausstattung verlangen, wenn sie den Stuprator gleich wegen naher Verwandtschaft nicht heirathen kan.

§. 1.

Es hat Thomasius in seinen juristischen Händeln a) drey verschiedene Urthel über den Fall eingerückt: ob auch alsdenn eine geschwächte Person eine Ausstattung verlangen könne, wenn nach den weltlichen Rechten die Ehe zwischen ihr und dem Stuprator untersagt wäre? Er führt hier den Fall unter Geschwisterkind an. Die Juristenfacultät zu Halle sprach für die Dotation; der Schöppenstuhl zu Halle aber und die Juristenfacultät zu Wittenberg dawider. Von beyden Seiten werden zwar zur Begründung ihres Ausspruchs einige Gründe angeführt; allein soll man nach der Analogie der gemeinen Rechte urtheilen, so muß man nothwendig die Meinung derer für gegründeter annehmen, die auch in die-

a) Th. 1. Händ. 10.

diesem Fall allemal auf die Ausstattung erkennen.

§. 2. Nach den göttlichen Rechten b) sowohl als nach den kanonischen c) soll zwar der Stuprator, nach einiger Rechtslehrer Meinung, die geschwächte Person sowohl heirathen als ausstatten; allein ohne uns hier mit der Erklärung dieser Stellen abzugeben d) — welche Untersuchung hier überdem auch nicht hergehört — so ist es doch nach der einmal hergebrachten Observanz Rechtens, daß es der Regel nach in dem Willen des Stuprators stehe, ob er die von ihm geschwächte Person heirathen oder ausstatten wolle. Zu einer von beyden Verbindlichkeiten ist er aber schlechterdings verbunden.

§. 3. Wenn wir diesen Satz hier zur Regel annehmen, so können wir auch, ohne daß es die Gesetze erlauben, in diesem Falle keine Ausnahme von der Regel machen. Dieß müßten wir hier aber nothwendig thun, wenn wir dem Stuprator durchhelfen wollten. Er würde also oft eine geringere Strafe leiden, als ein anderer, da er doch in vieler Absicht strafwürdiger ist. Hieße das nicht offenbar wider die Gesetze

b) 2 B. Mose 22, V. 16, 17. 5 B. Mose 22, V. 28, 29.

c) Cap. 1. X. de adult. et stupr.

d) Man kan hievon nachlesen Boehmer in Jur. eccl. prot. Lib. 5. tit. 16. §. 1 seqq.

jemanden begünstigen? Und da wir dieses eigenmächtig nicht zu thun befugt sind, so werden wir auch in diesem Falle hier nicht nach Gefallen die einmal festgesetzte Regel durch Ausnahmen umstoßen können.

§. 4. Der Satz, daß in gewissen Fällen doch der Stuprator von beyden Verbindlichkeiten frey sey, wenn ihm nämlich die geschwächte Person die Gelegenheit, von beyden Verbindlichkeiten eine zu wählen, genommen hätte — will hier für die gegenseitige Meinung keinen starken Grund abgeben. Das Argument ist auch völlig falsch, daß hier die Geschwächte ihn aus der Wahl gesetzt habe. Nicht sie, sondern die zu nahe Verwandtschaft ist die Ursache davon. Blos die Gesetze untersagen hier die Ehe, und es beruhet nicht in dem Willen der Geschwächten, ob sie den Stuprator heirathen will. Ihr kann also auch in diesem Falle nichts beygemessen werden. — Und ist der Stuprator selbst auch dann verbunden, nach Verhältniß des Brautschatzes eine gewisse Summe Geldes zu geben, wenn der Vater seine geschwächte Tochter ihm nicht zur Frau geben will e), wie vielmehr hier, wenn blos die Gesetze wegen naher Verwandtschaft die Ehe untersagen!

§. 5. Noch weniger will hier der Einwurf, dessen sich die Gegner bedienen, etwas sagen, daß,

e) Cap. 1. X. de adult. et stupr.

daß, wo keine Ehe sey, auch kein Brautschatz seyn könne f), und da hier die Gesetze wegen der nahen Verwandtschaft die Ehe nicht verstatteten, auch hier der Brautschatz als ein Surrogat der Ehe wegfiele; denn eigentlich ist dieß gar kein Brautschatz, den hier die geschwächte Person von dem Stuprator erhält, sondern mehr eine Abfindung.

Es läßt sich dieses auch aus dem Begriff des Brautschatzes schon deutlich genug abnehmen. Bey einem wirklichen Brautschatz sieht man nur lediglich auf die Ehe; sobald diese nicht zu Stande kommt, fällt der Brautschatz auch von selbst weg; dieß ist aber hier ganz anders: denn man nimmt dabey auf keine Ehe Rücksicht, dieser Brautschatz, oder eigentlicher Satisfaction muß immer prästirt werden, wenn auch gleich keine Ehe zu Stande kommt. In wie vielem Betracht ist also diese Satisfaction von einem wahren Brautschatz verschieden? und wie wenig läßt sich daher jenes Argument hier anwenden?

Unpartheyisch nach den Gesetzen zu urtheilen, kann man also auf keine Weise den Stuprator von der Dotation freysprechen, wenn zu nahe Verwandtschaft ihm die Ehe mit der geschwächten Person untersagt; und daher hat diese Meinung

f) *Carpzov* pr. rer. cr. P. 2. qu. 68. n. 73 et 75. In defin. P. 4. const. 27. def. 2.

nung auch bey dem meisten Rechtsgelehrten g) vor der andern den größten Beyfall gefunden.

Achtzehnte Meditation.

Durch die querela inofficiosae donationis wird die ganze Schenkung revocirt.

§. 1.

Eine Schenkung unter den Lebendigen ist der Regel nach unwiderruflich; es giebt aber Fälle, da eine sonst gültige Schenkung kann widerrufen werden a): besonders gehört hier auch der Fall her, wenn denjenigen, denen der Pflichttheil gebührt, solcher durch die Schenkung völlig genommen ist. Es geben alsdenn die Gesetze diesen Personen eine Klage, durch welche sie eine solche Schenkung revociren.

§. 2. Worauf geht aber diese Klage? wird durch dieselbe entweder die ganze Schenkung revocirt, oder nur in so weit, daß jemand seine ganze Legitima völlig erhält? Das ist eine Frage, deren

g) Thomasius a. a. O. *Berger* in supplem. ad elect. proc. matr. p. 151. *Berlich* P. 5. concl. 38. n. 35. *Boehmer* ius eccl. prot. Lib. 5. tit. 16. §. 12. n. 16.

a) *Tot. tit. C. de reuoc. don.*

deren Untersuchung und Entscheidung schon von jeher die größten Rechtsgelehrten beschäftiget hat, und so verschieden ausgefallen ist, daß es schwer fällt, zu bestimmen, welche Meinung am richtigsten ist. Denn wir finden über jene Frage fünf ganz verschiedene Meinungen, davon wir einige hier nur blos, um nicht gar zu weitläuftig zu werden, anführen wollen.

§. 3. Einige Rechtsgelehrte b) machen den Unterschied: ob einem Fremden, oder einem von denjenigen, denen die Legitima gebühret, etwas geschenket, und ob solches in der Absicht, um die Legitima zu verkürzen, geschehen sey. Im erstern Fall, wenn nämlich einem Fremden etwas geschenkt worden, und die Absicht dabey gewesen, die Legitima zu verkürzen, soll die ganze Schenkung, im andern Falle aber nur in so weit als sie dadurch an der Legitima Schaden gelitten, revocirt werden, es mag übrigens die Schenkung die Verkürzung der Legitima zur Absicht gehabt haben oder nicht.

§. 4. Noch andere c) legen den Unterschied zum Grunde, ob die Schenkung ohne die Absicht

b) *Covarruvius* var. ref. Lib. 1. ref. 19. n. 12. *Gommez* var. ref. Lib. 2. ref. 4. n. 13. *Rauchhar* P. 1. qu. 43. n. 44. *A. Costa* ad I. tit. de inoff. test. §. 3.

c) *Perez* ad C. tit. de inoff. donat. n. 4 et 8. *Brunnemann* ad L. 1. C. de inoff. donat.

sicht zu haben, die Personen, denen der Pflichttheil gebühret, solchen zu kürzen, oder ob sie in der Absicht unternommen sey. In diesem letztern Falle soll durch die querela inofficiosae donationis die ganze Schenkung widerrufen werden, es mag nun entweder einem Fremden oder einem Kinde etwas geschenkt seyn; im andern aber soll die Klage nur blos ad supplementum legitimae gehen.

§. 5. Wieder andere d) sehen darauf, ob zur Zeit der Schenkung schon die Personen da gewesen, denen die Legitima gebühret, und dann lassen sie nur die Revocation einer solchen Schenkung in so weit zu, als die Legitima dadurch lädirt ist; oder ob sie noch nicht da gewesen, und dann soll die ganze Schenkung aufgehoben werden.

§. 6. Andere e) verwerfen alle diese gemachten Unterschiede, und behaupten, daß diese Klage beständig ad supplementum legitimae gehe, und noch andere f), daß beständig die ganze Schenkung revocirt werde.

So

d) *Cuiacius* obs. Lib. 5. obs. 14.

e) *Zoesius* comment. ad ff. tit. de don. n. 76. *Fachinei* contr. iur. Lib. 6. cap. 84. *Vinnius* select. iur. qu. Lib. 2. cap. 33. *Coccei* ius contr. tit. de don. qu. 9. §. 9. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 178. *Friese* de quer. inoff. don. *Lauterbach* de quer. inoff. don.

f) *Faber* coniect. Lib. 3. cap. 27. *Vater* coniect. Lib.

So verschiedene Meinungen trifft man über diese Frage an, und so wenig stimmen die Rechtsgelehrten in einer Sache überein, die von dem größten praktischen Gebrauch ist. Die Arbeit also, die man darauf verwendet, die rechte und wahre Meinung unter so verschiedenen zu finden, ist gewiß nicht überflüßig.

Wir glauben nicht zu irren, wenn wir der letzten Meinung, daß nämlich eine pflichtswidrige Schenkung durch die querela inofficiosae donationis ganz widerrufst werde, beypflichten. Es würde aber überflüßig und unnöthig seyn, wenn wir uns mit Untersuchung und Widerlegung der im 3ten, 4ten und 5ten §graph angeführten Meinungen beschäftigen wollten: denn sobald wir zeigen, daß die von uns behauptete Meinung den Gesetzen am angemessensten sey, und daß selbst diejenige Meinung, nach welcher eine pflichtswidrige Schenkung nur quoad legitimam revocirt werden soll, nicht gegründet sey, so haben wir dadurch zugleich alle andere widerlegt.

§. 7.

Lib. 3. coni. 19. *Boehmer* de act. Sect. 2. c. 3. §. 42 seq. *Thomasius* de legitima viuentis. *Wernher* de reuocandis donationibus. *G. L. Boehmer* de querela inoff. donationis fratrum §. 15. in elect. iur. ciu. Tom. 1. ex. 8.

§. 7. Die Gesetze verstatten den Personen, die von denen, die ihnen den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig waren, in ihrem Testamente ohne rechtmäßige und in den Gesetzen gegründete Ursachen enterbt sind, das Testament durch die querela inofficiosi testamenti anzugreifen, und durch diese Klage die Erbeinsetzung über den Haufen zu werfen. Eben diese Gesetze wollen auch, daß bey einer pflichtswidrigen Schenkung ein gleiches beobachtet werde, nämlich daß die ganze Schenkung als völlig ungültig erklärt werde. Zu dem Ende wird in so vielen Stellen, — die wir in der Folge noch anzuführen Gelegenheit haben werden, — diese Klage mit jener verglichen, und beyden eine gleiche Wirkung beygelegt.

§. 8. Um dieses desto deutlicher zeigen zu können, wollen wir die Gesetze g), worin unsere Meinung sich gründet, hier nicht nur blos anführen, sondern zugleich die Einwürfe, die von der Gegenseite dawider gemacht werden, kennen lernen. Die (in der Note g) angezogenen Gesetze, und der ganze Titel im Codex von pflichtswidrigen Schenkungen sagen deutlich, daß die querela inofficiosae donationis nach Art der querela inofficiosi testamenti verstattet werde. Doch wir

g) L. 1. 2. 4. 5. 6. 7. 8. 9. C. de inoff. don. L. 4. C. de contr. emt. vend.

wir wollen die Gesetze selbst, so weit wir es zur Begründung unserer Meinung für nöthig halten, durchgehen.

§. 9. Die *L. 1. C. de inoff. donat.* hat nicht nur selbst zu dem oben im 3ten §. von einigen Rechtsgelehrten gemachten Unterschied Anlaß gegeben, sondern selbst diejenigen Rechtsgelehrten, die behaupten, daß diese Klage nur ad supplementum legitimae gehe, haben auch ihre Meinung darin zu finden geglaubt. Wir müssen daher bey Erklärung dieses Gesetzes auf diese beyden Stücke mit Rücksicht nehmen.

§. 10. Wir finden zwar, daß in dem angezogenen Gesetze von zwey verschiedenen Fällen geredet werde, nämlich wenn einem Sohn und einer fremden Person etwas geschenkt worden; allein wir können daraus nicht schließen, daß hier der Sohn und der Fremde des Unterschieds wegen einander entgegengesetzt worden. Der Zusammenhang des Gesetzes giebt solches deutlich zu erkennen. Denn hätte der Gesetzgeber hier beyde Fälle von einander unterschieden wissen wollen, hätte dann nicht auch eine ganz verschiedene Entscheidung erfolgen müssen? Aber so werden hier beyde Fälle auf gleiche Art entschieden h), und

h) Non iniuria *iuxta formam de inofficioso testamento* constitutam subueniri vobis, vtpote quartam partem non habentibus, desideratis.

und also selbst dadurch dieser gemachte Unterschied verworfen.

§. 11. Man glaubt zwar auch, daß hier die querela inofficiosae donationis nur quoad supplementum legitimae gegeben worden, und zwar deswegen, weil hier der quarta erwähnet wird. Allein so würde offenbar ein Widerspruch in den Gesetzen selbst seyn; denn es heißt ausdrücklich, daß diese Klage nach Art der querela inofficiosi testamenti gegeben werde; sie muß daher auch eben die Wirkung als jene haben, und man kann, ohne diesem Gesetze Gewalt anzuthun, das Gegentheil nicht daraus behaupten.

§. 12. Auf gleiche Art haben die Kaiser Valerian und Galien in der *L. 2. C.* i) und die Kaiser Diocletian und Maximinian in der *L. 4. C. de inoff. don.* k) auf die ihnen vorgetragenen Fälle geantwortet, nur mit dem Unterschiede, daß sie nur die querela inofficiosae donationis in dem Fall

i) Et arbitri familiae erciscundae officio congruit, vt tibi quartam partem debitae ab intestato portionis praestet incolumem: aut si emancipatus is fuit, et quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur iuxta constitutiones, is, qui prouinciam regit, *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae*, auxilium tibi aequitatis impertiet.

k) - - ideoque non est tibi necessarium aduersus immodicas donationes auxilium *ad instar inofficiosi testamenti.*

Fall verstatten, wenn kein anderes Rechtsmittel da ist, wodurch diejenigen, die durch eine solche Schenkung gelitten haben, hinlänglich gesichert sind.

Auch diese Gesetze, besonders aber die *L. 2. C.* pflegen die Gegner zur Begründung ihrer Meinung anzuführen, weil darin gesagt wird, daß ihnen nur der ab intestato zukommende vierte Theil sollte zuerkannt werden.

§. 13. Allein wir müssen hier die in diesem Gesetz enthaltenen zwey Fälle wohl von einander unterscheiden. Es wird darin zwischen einem Sohn, der noch in der väterlichen Gewalt sich befindet, und zwischen einem emancipirten Kinde ein Unterschied gemacht. In dem ersten Fall konnte der Sohn gegen seinen Bruder, dem der Vater sein Vermögen geschenkt, durch die Erbschaftstheilungsklage (familiae herciscundae) zu dem ihm von dem väterlichen Vermögen gebührenden Theil gelangen. Die querela inofficiosae donationis aber konnte hier um deswegen nicht angestellt werden, weil die Schenkungen unter Vater und Sohn nicht gültig sind l). Im andern Fall aber ist bekannt, daß emancipirte Kinder ab intestato nach dem bürgerlichen Recht nicht succediren konnten; daß sie aber, falls sie ausgeschlossen waren, die querela inofficiosi testamenti anstellen konnten; und nach Art jener Klage

l) L. 17. C. de donat.

Klage wird ihnen auch in diesem Gesetz die querela inofficiosae donationis verstattet. — Das Argument also, daß die Gegner aus diesem Gesetz haben hernehmen wollen, paßet auf diese Streitfrage nicht, weil der erste Fall, von welchem das Gesetz redet, hier nicht hergehört, der zweyte aber offenbar für unsere Meinung streitet.

§. 14. Die größte Schwierigkeit aber liegt in der *L. 5. C. de inoff. don.* worin die gegenseitige Meinung völlig gegründet zu seyn scheint. Es wird nämlich darin gesagt, daß, wenn jemand sein ganzes Vermögen verschenkt hätte, so viel von dieser Schenkung abgezogen würde, als man seinen Kindern zu hinterlassen schuldig wäre. Allein so sehr dieser in diesem Gesetz enthaltene Ausdruck die gegenseitige Meinung zu begünstigen scheint, so muß doch alles das verschwinden, wenn man nur dieß Gesetz genau ansieht, und den Fall, der darin enthalten ist, sich richtig vorstellt.

§. 15. Wir können es der Gegenseite gerne zugeben, daß in diesem Gesetze nur von der Revocation der Schenkung quoad legitimam die Rede sey; allein wir leugnen es der Gegenseite ab, daß dieses von der Revocation einer pflichtswidrigen Schenkung behauptet werde. Das Gesetz redet nicht von dem Falle, wenn eine Schenkung aus dem Grunde, weil sie pflichtswidrig ist, revocirt wird; sondern weil der Donans nachher noch Kinder erzeugt, und daher die Schen-

kung

kung widerruft. Wir können dieß aus dem Gesetz erweisen. Es wird der Entscheidungsgrund ausdrücklich darin gesetzt: vt filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum subsidium consequantur. Ein jeder wird uns in dieser Erklärung beypflichten müssen, wenn wir nur noch anführen, daß hier dem Vater selbst, der doch sein Vermögen verschenkt hatte, nicht aber dem Sohn, der durch die Schenkung gelitten, die Revocation verstattet werde.

Wer sollte aber nicht wissen, daß die querela inofficiosae donationis nicht von dem Donante selbst, sondern von solchen Personen, denen die Legitima gebühret, kann angestellt werden?

§. 16. So scheint uns auch die *L. 7. C. de inoff. don.* nicht entgegenzustehen; denn wenn wir nach diesem Gesetz annehmen, daß eine Mutter dem einen von ihren Söhnen den größten Theil ihres Vermögens geschenkt, dem andern aber nur etwas, doch nicht so viel als sein Pflichttheil betrug, hinterlassen hatte: so konnte zwar dieser letztere gegen seinen Bruder die querela inofficiosae donationis anstellen; allein da beyde gleiche Rechte zur mütterlichen Erbschaft hatten: so konnte auch nur durch diese Klage derjenige Theil, der ihm den Rechten nach zustand, gefordert werden. Denn selbst in diesem Gesetz wird auch nur des Falles gedacht, daß der eine Bruder in einem Theile seines Pflichttheils lädirt war. Ist

aber dieses, so pflichten wir gern der gegenseitigen Meinung bey, daß alsdann auch nur ad supplementum legitimae kann geklagt werden; denn hier ist keinem durch die Schenkung sein ganzer Pflichttheil, sondern nur ein Theil davon genommen.

§. 17. Auf gleiche Art läßt sich auch die *L. 8. C. pr. de inoff. donat.* erklären. Es wird zwar darin gesagt, daß eine pflichtswidrige Schenkung pro ratione quartae revocirt werde; allein nicht ohne Grund kann man auch behaupten, daß hier unter der quarta nicht die legitima, sondern der vierte Theil der ganzen Erbschaft verstanden werde.

Wir können dieß aus den darauf folgenden Worten schließen, wo es heißt, daß die Schenkung *ad instar inofficiosi testamenti conuicti diminuetur*, wieder aufgehoben werde; es muß daher auch in Absicht beyder Klagen einerley Wirkung da seyn.

§. 18. Doch wir brauchen uns nicht so umständlich in Untersuchung der gegenseitigen Meinung einzulassen. Wir können nur denselben sicher die *L. 9. C. de inoff. donat.* m) entgegenstellen, und uns so lange an dieses Gesetz halten,

m) Non conuenit dubitari, quod immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta: vt

ten, bis sie uns ein anderes eben so deutliches Gesetz für ihre Meinung anführen können.

Wenigstens haben wir vor der gegenseitigen Meinung so viel zum voraus, daß unsere behauptete Meinung sich nicht nur auf deutliche Gesetze gründet, sondern auch selbst dem Sinne der Gesetze, welche die querela inofficiosae donationis und testamenti in allen Stücken mit einander gleichmachen und beyden einerley Wirkungen beylegen, am angemessensten ist.

> vt sit in hoc actionis vtriusque vel vna causa, vel similis aestimanda, vel idem et temporibus et moribus.

Neunzehnte Meditation.

Bey Verpachtung der Landgüter ist es dem Verpachter nicht erlaubt, dem Pachter vor abgelaufenem Pachtcontract die Pacht aufzukündigen, wenn er etwa die Landgüter selbst zum Gebrauch nöthig haben sollte.

§. 1.

Es ist eigentlich der Regel nach dem Miethsherrn nicht erlaubt, vor Ablauf des Miethcontracts dem Miethsmann aufzukündigen, und ihm die gemiethete Sache zu nehmen; allein unsere Gesetze haben doch in gewissen Fällen dem Miethsherrn hiezu die Erlaubniß gegeben. Es wird daher nicht überflüßig seyn, wenn wir vorher, ehe wir die Hauptsache selbst vornehmen, auch diese Fälle hier anzeigen und durchnehmen.

§. 2. Es kann dem Miethsmanne die Miethe aufgekündiget werden, 1) wenn er in einer gewissen Zeit die jährliche Miethe nicht bezahlet a). In wie langer Zeit dieses nicht geschehen seyn muß, bestimmen die Gesetze nicht deutlich und genau; allein weil in den angeführten Gesetzen eben

a) L. 54. §. 1. L. 56 ff. locat. cond.

eben von einer Zeit von zwey Jahren die Rede ist: so wird gemeiniglich dafür gehalten, daß wenigstens in zwey Jahren die Miethe nicht müsse entrichtet seyn.

§. 3. 2) Wenn er die gemiethete Sache nicht wie ein guter Haushälter benutzet, sondern vielmehr schlecht damit umgeht, und dadurch merklich verschlimmert b). Es muß dieses gemeiniglich dem Ermessen des Richters überlassen werden, in wiefern in diesem Falle dem Miethsmanne die Miethe kann aufgekündiget werden; denn eine jede kleine Verschlimmerung und Abnutzung der gemietheten Sache, die nie kann verhütet werden, wenn jemand auch noch so sorgfältig ist, würde hiezu nicht hinreichend seyn.

§. 4. 3) Wenn der Miethsherr die gemiethete Sache nothwendig bessern muß c). Diese Besserung muß aber so beschaffen seyn, daß sie der Miethsherr nicht unternehmen kann, falls der Miethsmann die Sache inne hat; sie muß nicht zur Zeit der Miethe schon nothwendig gewesen seyn, und dann muß er beweisen, daß die Besserung jetzo nothwendig sey.

§. 5. 4) Wenn er der vermietheten Sache selbst bedarf d), entweder für sich, oder für seine Kin-

b) L. 3. C. locat. cond. Auth. *qui rem* C. de S. S. eccles.
c) L. 3. C. L. 35 ff. de locat. cond.
d) L. 3. C. eod.

Kinder, oder für seine Eltern. Es muß aber die Ursache hiezu nicht schon zur Zeit, da er die Sache vermiethet, da gewesen, sondern nachher ohne alle eigene Schuld des Miethsherrn entstanden seyn; und dann muß er auch nicht dem beneficio *L. 3. C. locat. cond.* renuncirt haben. Ist dieses geschehen, so kann er sich seines Rechts nicht bedienen e).

§. 6. Dieß werden ohngefähr die Fälle seyn, weswegen ein Miethsherr seinem Miethsmann die Miethe aufkündigen kann; allein es fragt sich nun, ob der No. 4. angeführte Fall auch bey Landgütern statt habe, oder ob er nur allein auf Wohnhäuser gehe?

§. 7. Es sind verschiedene Rechtsgelehrte f), welche auch alsdann dem Miethsherrn das Recht geben, dem Miethsmanne die Miethe vor abgelaufenen Miethecontract aufzukündigen, wenn er seiner Landgüter, Gärten, Ländereyen, u. d. gl. selbst nothwendig bedürfe, und die Verordnung der *L. 3. C. locat. cond.* auch hierauf ausgedehnt wissen wollen.

Sie beziehen sich vornehmlich auf die ratio dieser Verordnung, und folgern daraus, daß, weil

e) *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 9. §. 18.

f) *Mevius* P. 2. dec. 88. *Carpzov* P. 2. const. 37. def. 6. *Walch* contr. iur. Sect. 3. cap. 4. membr. 4. subs. 2. §. 7. *Wege* de locat. et conduct. cap. 12. §. 43.

weil bey Landgütern diese eben so gut eintreten könnte, als bey Wohnhäusern, so müßte auch nothwendig das Gesetz hierauf ausgedehnt werden, ob es gleich nur ausdrücklich der Wohnhäuser Erwähnung thäte. Denn es könnten sich doch Fälle ereignen, daß jemand auch Landgüter so nothwendig selbst gebrauchen müsse, daß man sie gewiß nicht würde vermiethet haben, wenn man diese zur Zeit der Miethe gewußt hätte.

§. 8. Wir sehen hieraus, daß die Gegner nur den einzigen Grund für ihre Meinung aus der ratio dieses Gesetzes nehmen müssen, und daß ihnen ausdrückliche Verordnungen der Gesetze hierüber fehlen.

Sie müssen also nothwendig unserer Meinung beypflichten, sobald wir ihnen zeigen, daß der Grund, warum diese Verordnung eingeführt ist, sich nur blos auf Wohnhäuser und keine Landgüter erstrecke.

§. 9. Es lassen sich freylich oft Fälle gedenken, da man seine vermietheten Landgüter selbst gebrauchen muß und nöthig hat; allein kann man deswegen gleich verlangen, daß der Miethsmann, der doch jetzo ein größer Recht daran hat, als der Miethsherr, und der vielleicht einen eben so großen Schaden dadurch leiden würde, wenn ihm seine gemietheten Ländereyen genommen würden, gleich einem andern zum Vortheil diese Ländereyen, ehe sein Miethcontract zu Ende ist,

wieder abgeben soll? Man kann dieses freylich bey Wohnhäusern eben so gut einwenden; allein die Gesetze haben hier nun einmal dem Miethsherrn dieses Recht gegeben: Und wenn daher auch diese Verordnung noch so unbillig seyn sollte, so müssen wir sie doch befolgen, da es die Gesetze wollen.

§. 10. Zudem ist bey Wohnhäusern der Fall auch ganz anders, als bey Landgütern. Eines Wohnhauses kann man nie entbehren; Landgüter aber wohl. Wenn sich daher der Miethsherr in der Nothwendigkeit befindet, daß er seines vermietheten Hauses selbst bedarf: so kann er schlechterdings nicht anders fertig werden; mit Landgütern aber verhält es sich anders: denn ist man gleich in dem Fall, daß man sie selbst gebrauchen müßte, so ist die Nothwendigkeit doch nicht so groß, daß man sie auf keine Weise entbehren könnte. Auf bloßen Nutzen und Vortheil darf man hier keine Rücksicht nehmen; widrigenfalls würde sich ein Miethsmann oft in einer sehr schlechten Lage befinden.

§. 11. Wenn wir aber auch dieses alles bey Seite setzen wollten: so würden wir doch nicht dieses Gesetz weiter ausdehnen dürfen, als es wirklich geht, besonders da es eine Ausnahme von einer ganz allgemeinen Regel enthält: daß dem Miethsmanne vor Ablauf des Miethcontracts die gemietheten Sachen nicht dürfen genommen werden.

Ist

Ist es nun bekannt, daß alle in den Gesetzen gemachte Ausnahmen von einer einmal festgesetzten Regel, Privilegien, iura singularia u. d. gl. stricte müssen erklärt, und nie von einem Fall auf den andern dürfen gezogen werden: so würden wir hier nothwendig weiter gehen, als es erlaubt ist, wenn wir jenes Gesetz, da es nur ausdrücklich von Häusern redet, auch zugleich mit auf Landgüter ausdehnen wollten.

Wir haben also für unsere Meinung immer weit mehr Grund, als die Gegenseite; und daher ist sie auch von den meisten Rechtsgelehrten g) den Gesetzen am angemessensten gefunden, und als die gegründetste angenommen worden.

g) *Schilter* ex. 31. §. 20. not. a. *Hahn* ad Wesenb. tit. locat. cond. n. 15. *Stryk* V. M. eod. tit. §. 35. *I. H. Boehmer* Introd. in ius digest. eod. tit. §. 23.

Zwan-

Zwanzigste Meditation.

Wenn jemand etwas auf eine gewisse Zeit zu bezahlen schuldig ist, und dieses vor der Zeit bezahlt hat, so kann er so wenig das Capital als die Zinsen von der mittlern Zeit wiederfordern.

§. 1.

Wir wollen hier folgenden Fall annehmen: Es haben zwey unter sich wegen wechselseitiger Schulden und Forderungen, die sie an einander gehabt, einen Vergleich getroffen, und darin unter andern ausgemacht, daß der eine von ihnen dem andern für seine sämtliche Schuld über 6 Jahre 200 Thlr. auszahlen solle. Nach Verlauf von 4 Jahren stehen beyde in den Gedanken, daß jetzt der Zahlungstermin sey, und bezahlt daher der Schuldner seinem Gläubiger die 200 Thlr. Wie diese wirklich schon bezahlt sind, fällt es dem gewesenen Schuldner ein, daß über 6 Jahre erst der Zahlungstermin gesetzt sey, und will daher sowohl das Capital als die während der Zeit gehobenen Zinsen von seinem Gläubiger wieder haben. — Es entstehen hiebey also zwey Fragen: ob nämlich der Schuldner nicht befugt sey, daß Capital bis auf den Zahlungstermin wieder zu fordern; und wenn die-

dieses nicht ist, ob er nicht wenigstens von den zwey Jahren die Zinsen verlangen könne?

§. 2. In Ansehung des ersten Falles sind die meisten Rechtsgelehrten darin einig, daß das Capital, welches vor dem Zahlungstermine bezahlt worden, nicht könne wieder gefordert werden, wenn nämlich ein gewisser Zahlungstermin festgesetzt, davon man versichert ist, daß er wirklich existiren werde. — Dieser Fall ist auch in den Gesetzen a) ganz deutlich entschieden, und bedarf daher hier keiner weitern Ausführung.

§. 3. Der zweyte Fall, ob nämlich auch die Zinsen von der mittlern Zeit können gefordert werden, ist mehrerm Zweifel unterworfen, und daher auch nicht von allen gleich beantwortet. Einige glauben, daß der Schuldner die Zinsen wieder zu fordern befugt sey b); andere aber wollen dieses gänzlich in Abrede stellen c): und diese letztere Meinung scheint uns auch allemal am

a) L. 10 ff. de cond. ind. In diem debitor adeo debitor est, vt ante diem solutum repetere non possit. L. 17 ff. eod. tit.

b) *Duarenus* ad tit. de cond. ind. cap. 5. verſ. *quaeritur. Hunnius* Lib. 3. tract. 2. qu. 11. *Bachov* ad Wesenb. tit. de cond. indeb. n. 4.

c) *Harprecht* ad Inst. tit. quib. mod. re contrah. obl. §. 1. n. 28 seqq. *Zoesius* ad ff. tit. de cond. indeb. n. 12 seqq. *Perez* ad Cod. eod. tit. n. 5. *Coccei* I. C. eod. tit. qu. 9. *Struv* ex. 18. §. 39.

am gegründetsten, und den Gesetzen am angemessensten zu seyn. Wir können zwar nicht durch ausdrückliche Verordnungen der Gesetze den Grund und die Richtigkeit unserer Meinung erweisen, so wenig wie die Gegenseite die ihrige daraus erweisen kann; allein wir hoffen doch, daß die übrigen Gründe für unsere Meinung selbiger immer den Ausschlag geben werden.

§. 4. Sobald ein Schuldner seine Schuld entrichtet, wenn dieses auch gleich vor dem festgesetzten Zahlungstermin geschieht: so bezahlt er nichts indebite und erlangt daher der Gläubiger gleich ein Eigenthum daran. Er kann also auch aus diesem Eigenthum gleich allen Nutzen ziehen, den er davon nur haben kann. Der Schuldner verliert dadurch alle seine Rechte daran; und da die Nutzungen aus der Sache selbst herrühren, auch der Schuldner hier die Zinsen an seinen Gläubiger nicht bezahlt hat: so kann er sie auch als kein indebitum wieder fordern.

§. 5. Die Gegner pflegen hiewider zwar den Einwurf zu machen, daß es doch unbillig sey, wenn sich jemand mit des andern Schaden reicher machen wollte, und daß auch selbst die Gesetze dieses auf keine Weise erlaubten d).

Allein

d) L. 14 ff. de cond. indeb. L. 206 ff. de reg. iur.

Allein der Gläubiger handelt hier auch gar nicht unbillig, wenn er von seinen Sachen allen möglichen Nutzen zieht. Er thut nichts weiter, als was die Gesetze einem jeden andern erlauben. — Er hat ja von seinem Schuldner nichts indebite gehoben, sondern was ihm dieser bezahlt hat, war er ihm auch wirklich schon damals schuldig. Und wollte man die Unbilligkeit so weit ausdehnen: so würde das noch weit mehr Unbilligkeit seyn, daß der Gläubiger hier die ganze Schuld nicht nöthig hat wieder herauszugeben, wenn er sie gleich zu der Zeit, da sie bezahlt wurde, noch nicht fordern konnte; und dieses verordnen doch unsere Gesetze selbst; oder daß er Zinsen von seinem eigenen Gelde geben soll, die er vielleicht selbst noch nicht gehoben;

§. 6. Kann also wohl die Billigkeit hier irgend einen Grund für die gegenseitige Meinung abgeben? — Und gesetzt, wir wollten auch eine Unbilligkeit in diesem Falle zugeben: dürfen wir denn wohl allein nach Billigkeit urtheilen?

Die Gesetze wollen ausdrücklich nicht, daß hier die Hauptklage (condictio indebiti) in Ansehung des zu früh bezahlten Capitals statt haben solle; (§. 2.) fällt diese also weg: so muß auch nothwendig die Klage in Ansehung der Zinsen wegfallen. In ähnlichen Fällen haben die Gesetze auch eben so geurtheilt e).

§. 7.

e) L. 26. pr. C. de vsur. — Principali enim actione

§. 7. Der diesseitigen Meinung steht das Argument der Gegenseite auch gar nicht entgegen, wenn sie schließen: Wer aus Irrthum mehr bezahlt, als er wirklich schuldig ist, der kann das zu viel Bezahlte wiederfordern; wer vor dem gesetzten Zahlungstermin seine Schuld entrichtet, der hat immer zu viel bezahlt: denn er hätte doch sein Geld die Zeit über noch zu seinem Nutzen gebrauchen können; also wie derjenige, der in Ansehung der Summe zu viel bezahlt, es wiederfordern kann, so kann es auch derjenige, der in Ansehung der Zeit zu viel bezahlt hat.

Wie schwach ist nicht dieses Argument, und wer sieht nicht gleich daraus die unrichtigen Folgerungen? — Wer in Ansehung der Summe zu viel bezahlt, der hat auch wirklich mehr bezahlt, als er schuldig war, nicht aber wer vor dem gesetzten Zahlungstermine seine Schuld entrichtet. Welch ein großer Unterschied ist also zwischen beyden! zudem würde auch dieses Argument, falls wir es auch als richtig eingestehen wollten, nicht auf die Zinsen, sondern höchstens nur auf das Capital sich anwenden lassen; und daß dieses der Schuldner nicht zurückfordern könne, gestehen die Gegner selbst ein.

§. 8.

actione non subsistente, satis superuacuum est, super vsuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere. Cap. 42. de reg. iur. 6.

§. 8. Es würde überflüssig seyn, sich noch weiter bey jenem gegenseitigen Grunde zu verweilen, da ein jeder die Schwäche davon selbst leicht einsehen wird, ohne daß wir nöthig hätten, noch ein mehreres dawider zu erinnern; und eben so verhält es sich mit den übrigen Gründen, die sie aus Gesetzen f) hernehmen, welche im geringsten nichts von unserm Fall so wenig enthalten, als weniger darauf können gezogen werden. Wer sie nur mit flüchtigem Blicke ansieht, wird dieses schon selbst einsehen. Wir übergehen sie also mit bloßem Stillschweigen, und achten sie weiter keiner Widerlegung würdig.

§. 9. Die Gründe für die gegenseitige Meinung sind daher in der That sehr schwach, und stehen der unsrigen so wenig entgegen, daß selbst schon dasjenige, was wir bereits gesagt, der diesseitigen Meinung immer den Ausschlag geben muß. Allein da sich doch besonders die Gegner blos auf das römische Recht beziehen: so können wir dieß auch noch immer für uns anführen, daß selbst, wenigstens nach jenem Rechte g), durch die condictio indebiti niemals die Zin-

f) L. 10. §. 12. L. 17. §. 2 ff quae in fraud. cred. L. 39 ff. de cond. indeb.

g) L. 1. C. de cond. ind. — Usuras autem eius summae praestari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est. *Leyser* sp. 148. med. 9.

Zinsen konnten gefordert werden. Fallen also schon dann die Zinsen weg, wenn jemand etwas indebite gehoben, wie vielmehr müssen sie in unserm angenommenen Fall wegfallen, da hier eine wirkliche Schuld bezahlt ist!

Wir hoffen, daß dieses zur Begründung unseres Satzes hinlänglich seyn wird, und daß man bey einer unpartheyischen Beurtheilung der beyderseitigen Gründe die diesseitige Meinung immer für die richtigere und gegründetste halten wird.

Ein-

Ein und zwanzigste Meditation.

Eine Ehefrau wird allen Gläubigern ihres Mannes in Ansehung des Brautschatzes vorgezogen, wenn jene auch gleich eine ältere Hypothek auf dessen Güter haben sollten.

§. 1.

Es ist bekannt, daß in unsern römischen Gesetzen den Ehefrauen in Ansehung der Sicherheit ihres eingebrachten Heirathsguts vor andern viele Vorzüge und Vorrechte eingestanden sind; nicht nur darin, daß ihnen auf die sämtlichen Güter ihres Mannes eine stillschweigende Hypothek zusteht, sondern daß sie selbst vor allen andern Gläubigern ein Vorzugsrecht haben.

§. 2. Dieses Vorzugsrecht schränkt sich nicht blos auf diejenigen Gläubiger ein, mit welchen der Mann nach eingebrachtem Heirathsgut Schulden contrahirt, und denen er damals eine Hypothek in seine Güter verschrieben, sondern auch auf alle diejenigen, die schon wirklich vor der Ehe eine Hypothek in des Mannes Gütern gehabt haben. Wir behaupten hier aber nicht blos, daß dieses Vorzugsrecht nur dann statt habe, wenn die ältern Gläubiger nur eine still-

schweigende Hypothek in den Gütern des Mannes vor der Ehe gehabt haben — denn dieses wird fast einstimmig eingeräumt — sondern daß eine Ehefrau auch selbst denjenigen Gläubigern in Ansehung ihres Brautschatzes vorgezogen werde, welche sich schon, ehe sie ihr Heirathsgut eingebracht, eine **ausdrückliche** Hypothek in den Gütern ihres Mannes haben constituiren lassen.

§. 3. Es ist dieser Satz sehr vielfach bestritten. Einige pflichten zwar nach der Verordnung der Rechte unserer Meinung bey; sie behaupten aber, daß die Praxis und der Gerichtsgebrauch dawider sey. Allein da von keinem erwiesen ist, daß dieser Gerichtsgebrauch allgemein recipirt sey: so können wir ihn auch nicht so schlechterdings annehmen, eher wenigstens nicht, bis er von demjenigen, der sich darauf beruft, gehörig erwiesen ist.

§. 4. Andere Rechtsgelehrte aber weichen gänzlich von uns ab, und wollen der Ehefrau gar kein Vorzugsrecht vor denen Gläubigern zugestehen, die eine ältere **ausdrückliche** Hypothek vor ihr haben a). Sie haben zwar verschiedene Gründe, die sie für ihre Meinung anfüh-

a) *Negusantius* de pignorib. et hypoth. P. 2. membr. 4. n. 94. *Coler.* P. 1. dec. 57. n. 6. et de procesf. execut. P. 1. cap. 2. n. 186. et 219.

anführen; allein sie sind doch nicht von der Beschaffenheit, daß sie nicht sollten völlig widerlegt werden können. Wir werden dieses nachher weiter zeigen, wenn wir vorher erst einige von den diesseitigen Gründen werden vorausgeschickt haben.

§. 5. Wir können zum Hauptgrunde für die diesseitige Meinung nichts besser als die ganz generelle Verordnung des Kaisers Justinian anführen b), darin er mit klaren Worten sagt, daß eine Ehefrau allen Gläubigern ihres Mannes solle vorgezogen werden, wenn sie auch gleich eine ältere Hypothek auf dessen Güter hätten. Er macht hier nicht den geringsten Unterschied unter irgend einer Hypothek; es muß also nach dieser Verordnung dieses Vorzugsrecht sowohl auf die ältern **stillschweigend**, als **ausdrücklich** constituirten Hypotheken gehen.

§. 6. Von der Gegenseite wird zwar wider diese Verordnung der Einwurf gemacht, daß Justinian nur blos von denen Gläubigern, *qui*

J 3 *ante-*

219. P. 2. cap. 3. n. 276. *Gail* Lib. 2. obs. 25. n. 10. *Donellus* de pignorib. cap. qui potior. in pign. *Wesenbeck* ad ff. tit. qui pot. in pign. n. 3.

b) §. 29. I. de action. L. 12. §. 1. C. qui potior. in pignor. — potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati.

anterioris sunt temporis priuilegio vallati; rede, und darunter nur solche konnten verstanden werden, welche eine stillschweigende Hypothek hätten, da andere, denen eine ausdrückliche Hypothek zustünde, ihr Vorrecht nicht ex priuilegio temporis, noch ihre Hypothek aus einem Privilegium, sondern blos aus einem Vertrage hätten; allein wer sollte wohl nicht gleich das Erzwungene in dieser Erklärung einsehen!

Denn diese Stelle redet ganz deutlich von denjenigen Gläubigern, die in Ansehung der Zeit eine ältere Hypothek, als die Frau wegen ihres Brautschatzes, haben, und schließet daher auch nicht solche aus, denen eine **ausdrückliche** Hypothek auf die Güter des Mannes zusteht. Es mußte auch nothwendig diese Stelle jener Verordnung angehängt werden, da sonst der Regel nach derjenige, der die erste und älteste Hypothek hat, den andern vorgezogen wird, und daher nach dieser Regel die Frau hätte nachstehen müssen. Ueberdem wird in diesem Gesetze nicht blos von denen Gläubigern geredet, *qui priuilegio sunt vallati*, sondern von denen, qui priuilegio *temporis* sunt vallati; es müssen daher auch nothwendig solche Gläubiger mit darunter verstanden werden, die sich eine **ausdrück**liche Hypothek in die Güter des Mannes haben constituiren lassen.

§. 7. So schwach wie dieser Einwurf, ist auch das Argument: daß der Fiscus und die

Frau

Frau gleiche Vorrechte hätten c); der Fiscus aber nie andern ältern Gläubigern vorgezogen würde d). Die Gegner folgern daraus: daß also nach dieser Regel auch eine Ehefrau vor den ältern Gläubigern kein Vorzugsrecht verlangen könne. Ist diese Folgerung aber wohl richtig?

In dieser angeführten *L. 2. C. de privil. fisci* wird gar nicht gesagt, daß der Fiscus eben die Vorrechte hätte, die einer Ehefrau in Ansehung ihres Brautschatzes vor andern Gläubigern zustünden; sondern es ist die Rede darin von dem Falle, wenn der Fiscus und die Frau mit einander concurriren: alsdenn geht nach der bekanten Regel der von ihnen vor, der die älteste Hypothek hat.

Wir brauchen also zu der Widerlegung, die man von dieser Seite auch wohl zu machen pflegt, unsere Zuflucht nicht zu nehmen, daß nämlich die *L. 12. C. qui potior. in pign.* die den Ehefrauen vor allen andern Gläubigern ein Vorzugsrecht giebt, älter sey, als die *L. 2. C. de iure fisci*, und also dieses Gesetz abgeändert habe, da beyde Gesetze sich in der That gar nicht widersprechen, und sich ganz gut mit einander vereinigen lassen.

§. 8. Allein streitet nicht offenbar mit unserm Satze jener Rechtssatz: daß niemandem sein

c) L. 2. C. de priuileg. fisci.

d) L. 8 ff. et L. 4. C. qui potior. in pign.

sein einmal erworbenes Recht dürfe geschmälert und genommen werden? in diesem Falle aber den ältern Gläubigern allerdings ihr Vorrecht entrissen würde? Freylich wenn dieses geschähe, so ließe sich dieser Einwurf noch hören: allein hier wird auch keinem widerrechtlich sein einmal erworbenes Recht genommen. — Es ist ja durch Gesetze allgemein bekannt gemacht, daß eine Ehefrau in Ansehung ihres Brautschatzes allen andern Gläubigern solle vorgezogen werden. Darf ein Regent eine solche Verordnung machen — wie ein jeder eingestehen muß — so nimmt er auch keinem sein ihm zustehendes Recht, wenn er diese Verordnung nicht auf die vergangene, sondern blos auf die zukünftige Zeit will geltend machen. Die Gesetze haben die Regel gemacht, daß die ältere Hypothek der jüngern vorzuziehen sey; sie können also auch nach Belieben Ausnahmen davon machen, ohne daß dadurch dem andern ein Unrecht zugefügt würde. Und wollte man das ius quaesitum eines Dritten so weit ausdehnen: so würde fast ein jedes Gesetz dawider anstoßen. Beym Abtriebs- Vorkaufs- und Näherecht würde alsdenn dem Käufer immer sein einmal erworbenes Recht genommen werden; bey den stillschweigenden Hypotheken, denen doch die Gegner selbst die Hypothek der Frauen in Ansehung ihres Brautschatzes vorsetzen, wenn jene gleich älter sind, würde eben dieß eintreten, und hier macht doch keiner diesen Einwurf. Hätte er also in jenem Falle statt:

so

so muß er auch hier seine Anwendung finden können; und schwerlich wird doch dieß jemand behaupten.

§. 9. Mit unserm Satz streitet auch eben so wenig die Verordnung der *L. 29. C. de iure dot.* wo es heißt: *sed ita eam posse easdem res vindicare, vel a creditoribus posterioribus, vel ab aliis qui non potiora iura legibus habere noscuntur;* denn eines Theils giebt sie selbst ausdrücklich der Frau hier vor allen ein Vorrecht, außer vor denjenigen, die durch die Gesetze eben so große Vorrechte als die Ehefrauen haben, als der Fiscus; andern Theils ist die Verordnung der *L. 12. C. qui pot. in pign.* jünger wie diese; und wenn daher jene Stelle noch etwas dunkel seyn und in dieser Sache kein volles Licht geben sollte: so würden wir doch immer eher nach dieser jüngern, als nach jener ältern Verordnung sprechen müssen.

§. 10. Dieß werden ohngefähr die Hauptgründe für die gegenseitige Meinung seyn; wir wollen jetzt nun noch einige für die diesseitige anführen.

Jene generelle Verordnung der *L. 12. C. qui pot. in pignor.* worin den Frauen in Ansehung ihres Brautschatzes ein Vorzugsrecht vor allen andern Gläubigern gegeben wird, könnte zwar zur Begründung unserer Meinung hinreichend seyn; allein um zu zeigen, daß die diesseitige

Meinung auch noch andere wichtige Gründe für sich habe, wollen wir auch selbige nicht gänzlich vorbeylassen.

§. 11. Nicht nur wird unsere Meinung noch in andern Stellen unserer Gesetze e) ausdrücklich bestätigt, sondern die Frau wird auch selbst denjenigen Gläubigern in den Gesetzen f) vorgezogen, mit deren Gelde eine Sache gekauft oder reparirt ist. Ist es nun bekannt und auch selbst ausdrücklich verordnet g), daß solche Gläubiger allen andern, auch ältern vorgezogen werden sollen, im Falle sie sich eine Hypothek auf die Sache haben geben lassen: so kann man wohl nicht anders, als den Frauen in Ansehung der Ehegelder dieses Vorrecht zugleich mit einräumen.

§. 12. Dieses wird auch noch dadurch bestätigt, daß wegen eines debitum primipilare, nach der Verordnung der Gesetze h) nicht eher der Frauen Ehegelder dürfen angegriffen werden, bis das sämtliche Vermögen des Mannes erst verkauft ist. Sind also auch auf den Gütern des Mannes ältere ausdrückliche Hypotheken, so müssen diese doch eher angegriffen werden, als der Frauen Ehegelder. Sie wird daher bis zu allerletzt verschont. — Ein Beweis, wie sehr über=

e) L. 30 C. de iure dot.
f) Nou. 97. cap. 3.
g) L. 5 ff. et L. 7. C. qui pot. in pignor. s. die folgende Meditation §. 4.
h) L. 4. C. in quib. caus. pign.

überhaupt die Gesetze die Frauen begünstiget und für ihre Sicherheit gesorgt haben. Es kann uns deswegen auch um so weniger wundern, daß sie selbst solchen Gläubigern, die eine ältere ausdrückliche Hypothek haben, vorgezogen sind, da die Gesetze so viel wie möglich, ihre Ehegelder ihnen sicher haben aufbewahren wollen.

§. 13. Es würde nicht schwer fallen, unsere Meinung mit noch mehrern Gründen zu unterstützen; allein da wir dasjenige, was wir bereits angeführt haben, für hinlänglich genug halten, um zu zeigen, daß die diesseitige Meinung den Gesetzen immer am angemessensten sey: so würde es auch überflüssig seyn, diese Materie noch weiter auszuführen. Wir verweisen hier daher nur blos auf die diesseitiger Meinung beypflichtenden Rechtsgelehrten i), welche beyderseitige Gründe noch weitläuftiger auseinandergesetzt haben.

i) *Harprecht* ad Inst. tit. quib. mod. re contrah. obl. §. 4. n. 260 seqq. et tit. de action. §. 29. n. 7 seqq. *Hunnius* resol. iur. Lib. 3. tr. 3. P. 5. qu. 4. *Mevius* P. 3. dec. 13. n. 1. *Carpzov* P. 1. const. 28. def. 65. *Fachineus* controu. iur. Lib. 3. cap. 99. *Mynsinger* cent. 4. obs. 13. n. 3 seqq. *Berlich* P. 1. concl. 65. n. 5 seqq.

Zwey-

Zwey und zwanzigste Meditation.

Wer jemandem zur Ankaufung einer Sache Geld geliehen hat, der erhält an der Sache keine stillschweigende Hypothek.

§. 1.

Unsere Gesetze haben in verschiedenen Fällen den Gläubigern auf die Güter ihres Schuldners eine stillschweigende Hypothek gegeben, und unter diese Fälle rechnen auch einige Rechtsgelehrte a) den Fall, wenn nämlich jemand einem zur Ankaufung eines Hauses, eines Grundstücks u. d. gl. Geld geliehen. Sie glauben, daß der Gläubiger hier auf das mit seinem Gelde gekaufte Haus, Grundstück u. s. w. gleich eine stillschweigende Hypothek erhalte. Diese Meinung aber stimmt mit den Gesetzen gar nicht überein, und ist daher auch von den meisten Rechtsgelehrten verworfen b).

§. 2.

a) Außer einigen andern, besonders von den ältern Rechtsgelehrten, gehören hieher *Gail* Lib. 2. obs. 12. n. 3 seqq. *Mevius* in discus. leuam. inop. cred. cap. 6. n. 165.

b) *Carpzov* P. 1. const. 28. def 107 et 155. *Mevius* p. 4. dec. 312. *Brunnemann* in process. concurs. cap. 5. §. 40. *Martini* in process.

§. 2. Derjenige, der einem andern zur Ankaufung einer Sache Geld herschießt, hat nichts weiter als ein bloßes persönliches Privilegium daran c), vermöge dessen er andern chirographarischen Gläubigern vorgeht, und eine Hypothek nicht anders auf die mit seinem Gelde gekaufte Sache, als wenn er sich ausdrücklich eine Hypothek darauf hat geben lassen d).

§. 3. Die Gesetze reden hier so klar und deutlich, daß es zu bewundern ist, wie andere so offenbar wider die Gesetze eine Meinung haben annehmen können, die nicht den geringsten erheblichen Grund für sich hat.

Wir werden dieses noch deutlicher zeigen, wenn wir die Gründe anführen, worauf die Gegner hauptsächlich ihre Meinung stützen.

§. 4. Sie glauben, daß die in der Note d angeführten Gesetze schon durch die Nov. 97. Cap. 3. müssen aufgehoben seyn, weil Justinian hierin ausdrücklich denjenigen, der zur Ankaufung einer

cess. tit. 43. §. 7. n. 5 seqq. *Leyser* sp. 226. med. 11. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 70 et 194.

c) L. 26 et 34 ff. de reb. aut. iud. poss.

d) L. 7. C. qui pot. in pign. L. 17. C. de pignorib. Quamuis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparauerit praedium; tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligauerit, tuae pecuniae numeratio in causam pignoris non deduxit etc.

einer Sache Geld vorgeschossen, den ältern Gläubigern selbst vorzöge e). Allein die Novelle hat hier gar nicht zur Absicht, wider die ältern Gesetze eine neue Verordnung zu machen, und den Gläubigern auf die mit ihrem Gelde gekaufte Sache eine stillschweigende Hypothek zu geben, sondern sie giebt hier, mit Beziehung auf die vorhergehenden Gesetze, nur dann solchen eine Hypothek und Vorzugsrecht, wenn sie sich diese ausdrücklich haben constituiren lassen.

Hätte Justinian durch diese Novelle jene Gesetze aufheben wollen: so hätte er gewiß deutlicher reden müssen, da jene Gesetze ausdrücklich befehlen, daß nur dann die Gläubiger auf die mit ihrem Gelde gekaufte Sache eine Hypothek haben sollen, wenn sie sich eine darauf haben constituiren lassen; diese Novelle aber vom Gegentheil nichts enthält. Justinian redet darin auch gar nicht von einer stillschweigenden Hypothek,

e) Nou. 97. cap. 3. — Nouimus et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponere iuniores exiſtentes, ex priuilegiis a legibus datis: quale eſt, quando aliquis propriis pecuniis procurauerit nauem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forſan aedificare, aut etiam emi agrum, aut aliquid horum. In his enim omnibus priores exiſtunt poſteriores creditores, quorum pecuniis emta aut renouata res eſt, iis qui etiam multo antiquiores ſunt.

pothek f), sondern benennt nur verschiedene Hypotheken, davon einige **ausdrücklich** constituirt sind, wie in unserm Fall, wenn jemand zum Ankauf einer Sache Geld vorgestreckt, und sich darauf eine Hypothek hat geben lassen, andere **stillschweigend**, wie die Frau in Ansehung ihres Brautschatzes; und darauf bestimmt er endlich, welche von diesen Hypotheken vor der andern den Vorzug haben soll.

§. 5. So wenig wie diese Novelle uns entgegensteht, eben so wenig sind auch die *L. 26.* und *34 ff. de reb. auct. iud. poss.* unserer Meinung zuwider, da hierin, wie ein jeder bald sieht, nur blos von einem persönlichen Privilegium die Rede ist, das von unserer Seite solchen Gläubigern auch gar nicht abgesprochen wird. Denn daß in diesen Gesetzen von einem legalen stillschweigenden Pfandrecht sollte die Rede seyn, wird niemand behaupten können, der nicht offenbar wider die Worte dieser Gesetze anstoßen will.

§. 6. Die diesseitige Meinung ist also in vielem Betracht der gegenseitigen immer vorzuziehen, und beruhet auch allein auf ausdrückliche Verordnungen der Gesetze, da hingegen die andere sich nur blos auf falsche Erklärung der Gesetze stützen kann. Denn wollten wir hier mit einigen zur Billigkeit

f) *Donellus* de pignorib. cap. 4. in fin. *Ludovici* de eo qui poster. temp. pot. iure cap. 3. §. 8.

keit unsere Zuflucht nehmen, und deswegen etwa der gegenseitigen Meinung einen Vorzug geben, so würden wir nicht nur offenbar gegen die klaren Verordnungen der Gesetze fehlen, sondern wir würden dadurch auch in andern Fällen Gelegenheit geben, durch einen Anstrich von Billigkeit manche Verordnungen in den Gesetzen aufzuheben, und endlich die Billigkeit vor dem Gesetze selbst den Ausschlag geben lassen.

Drey und zwanzigste Meditation.

Die Zinsen hören deswegen nicht auf zu laufen, wenn der Richter gleich das Capital mit Arrest belegt haben sollte.

§. 1.

In wie weit jemand überhaupt nach dem römischen Rechte aus einem Contract Zinsen fordern konnte, ob sie ausdrücklich müßten stipulirt seyn, oder ob sie sich einer durch ein blosses Pactum ausbedingen konnte, brauchen wir hier um so weniger zu untersuchen, da es bekannt ist, daß wir heut zu Tage hierin von der Lehre des römischen Rechts fast gänzlich abgewichen sind. Wir können also sicher gleich zu unserer Streitfrage selbst übergehen: ob nämlich der Zinsenlauf dadurch aufhöre, wenn der Richter das Capital mit Arrest belegt hat?

§. 2.

§. 2. Wenn wir hier der Zinsen gedenken, so verstehen wir solche darunter, die jemand nach den Gesetzen oder versprochener Maßen zu geben schuldig ist, nicht die Zinsen, die wegen des Verzugs (ex mora) müssen bezahlet werden. Wegen letzterer pflichten wir der Gegenseite gerne bey: denn sobald der Richter befiehlt, die schuldigen Gelder nicht auszuzahlen, fällt von Seiten des Schuldners aller Verzug weg; er kann also auch daraus keine Zinsen entrichten.

§. 3. In Ansehung der vermöge der Gesetze oder aus einem bloßen Versprechen schuldigen Zinsen, halten wir allerdings dafür, daß diese durch die bloße Arrestbelegung des Capitals nicht zu laufen aufhören a). Denn des Richters Absicht geht doch nur eigentlich dahin, daß der Schuldner — die Ursachen hiezu mögen nun seyn welche sie wollen — an den Gläubiger das Capital nicht auszahlen soll. Wir dürfen also auch den Willen des Richters nicht weiter ausdehnen, als er eigentlich geht; und dieses würde doch geschehen, wenn wir diesen Befehl zugleich mit auf die Zinsen ziehen wollten. Der Richter würde auch die meiste Zeit ungerecht darin handeln, wenn er durch die Arrestbelegung dem Gläubiger

a) *Finkelthaus* obs. 19. *Schilter* ex. 35. §. 12. *Lynker* res. disc. for. res. 498. *Leyser* sp. 243 med. 10. 11. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 170 und andere, sind dieser Meinung zugethan.

ger die ihm nach den Rechten zukommenden Zinsen gleich nehmen wollte; denn es können sich wohl oft Fälle zutragen, daß der Richter jemandes Gelder, die er von einem andern zu fordern hat, mit Arrest belegt, z. B. wenn sich ein Dritter finden sollte, der Ansprüche darauf machte — allein es werden doch diese Fälle selten so beschaffen seyn, daß jemand dadurch an seinem Rechte, welches er auf die Zinsen hat, dürfte geschmälert werden.

§. 4. Wäre es auch nicht die größte Unbilligkeit, wenn sich der Schuldner hier mit des Gläubigers Schaden bereichern wollte? Und ist es nicht vielmehr dem Rechte sowohl als der Billigkeit gemäß, daß derjenige, welcher des andern Gelder benutzet, dafür dem andern die ihm nach den Gesetzen, oder aus einem Versprechen zukommenden Zinsen auch bezahlet? Womit will sich also der Schuldner in diesem Fall von dieser Verbindlichkeit frey machen? Wenigstens die Gesetze sind hier gar nicht auf seiner Seite, sondern vielmehr völlig gegen ihn.

§. 5. Allein so gegründet gleich die diesseitige Meinung jedem von selbst scheinen muß, so sind doch verschiedene, die das Gegentheil davon behauptet haben b).

Ihre

b) *Carpzov* P. 2. const. 30. def. 24. *Berlich* P. 1. decis. 30. *Lauterbach* compendium iuris tit. de vsuris.

Ihre Gründe aber, worauf sie ihre Meinung gebauet, sind in der That so schwach, daß sie nur blos brauchten angeführt zu werden, um dieses zu beweisen. Sie glauben, weil jeder dem Befehl des Richters gehorchen müsse, so wäre der Schuldner von seiner Seite von aller Schuld frey, und brauche daher auch keine Zinsen von der Zeit des Arrests an zu bezahlen. Dieses ist aber eine irrige Folgerung. Er ist zwar darin von aller Schuld frey und in keiner mora, daß er jetzt nicht das Capital bezahlen kann, aber deswegen nicht von der Verbindlichkeit los, die Zinsen davon zu bezahlen. Folgt dieß wohl eins aus dem andern, besonders hier, wo nicht von den Zinsen des Verzugs die Rede ist? (S. den 2ten §.)

Zudem geht der Arrest auch nur blos auf das Capital, und gar nicht auf die Zinsen; wir dürfen auch also nicht zum offenbaren Nachtheil des Gläubigers diesen weiter ausdehnen, als es selbst der Richter gewollt hat.

§. 6. Wir können auch eben so wenig behaupten, daß es hier mit den Zinsen, als einem Accessorium, eben so wie mit dem Capital müsse gehalten werden, und daher durch den Arrest, der auf das Capital gelegt ist, von selbst die Zinsen zu laufen aufhörten; denn der Grund von beyden ist sehr verschieden. Wir haben schon oben erinnert, daß der Richter oft seine Ursachen haben kann, weswegen er dem Schuldner die Aus-

zahlung des Capitals verbietet; allein diese passen nie auch auf die Zinszahlung. Wir wollen aber auch den Fall annehmen, der Richter verböte dem Schuldner, so wenig das Capital als die Zinsen dem Gläubiger auszuzahlen: so würden doch dem Gläubiger die Zinsen immer zu Gute bleiben, wenn nachher der Richter den Arrest wieder aufheben sollte. Sollte aber auch einem Dritten, der vielleicht an das Capital einen gegründeten Anspruch hätte, am Ende selbiges zuerkannt werden: so müßten alsdann auch ihm die Zinsen mit ausbezahlt werden; und so würde sich also der Schuldner nie damit bereichern können.

§. 7. Allein es kann nun noch die Frage entstehen, wenn der Schuldner während des Arrests die Gelder selbst nicht genutzt hat, ob er alsdann auch Zinsen geben müsse? Leyser und Pufendorf c) sind darüber uneins.

Ersterer beantwortet diese Frage verneinend, letzterer aber bejahend; und diese Meinung scheint uns auch am gegründetsten. Denn sollte der Schuldner auch keine Gelegenheit haben, die Gelder zu benutzen: so könnte er ja alsdenn nur die Gelder gerichtlich deponiren, um sich von der Verbindlichkeit, ferner Zinsen zu bezahlen, frey zu machen d).

Hat

c) Beyde am angeführten Orte.

d) L. 19 C. de vsuris.

Hat er dieses also nicht gethan, so muß er es auch seiner eigenen Schuld beymessen, daß er hievon, den gesetzlichen Verordnungen gemäß, nicht kann freygesprochen werden.

Vier und zwanzigste Meditation.

Wenn ein hypothekarischer Gläubiger in eine anderweitige Verschreibung seiner Hypothek williget: so hat er dadurch nicht sein Pfandrecht selbst, sondern nur sein Vorzugsrecht (ius prioritatis) erlassen.

§. 1.

Die Rechtsgelehrten sind in der Entscheidung dieses Falls selbst unter sich sehr uneins. Verschiedene halten dafür, daß durch die Einwilligung in eine anderweitige Verpfändung das ganze Pfandrecht an der Sache erlösche a); andere sind der Meinung, daß man hier unter der Einwilligung einer Manns- und Frauensperson einen Unterschied machen müsse, und daß man bey

a) *Pistor* Lib. 3. qu. 16. *Bach* de pignorib. Lib. 5. cap. 13. *Franzkius* ad ff. tit. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. n. 114 seq. *Cocceii* I. C. eod. tit. qu. 8.

bey einer Mannsperson die ganze Erlassung des Pfandrechts präsumire, bey einer Frauensperson aber nicht, sondern nur blos das Vorzugsrecht. Noch andere nehmen darauf Rücksicht, ob der hypothekarische Gläubiger ganz unbestimmt in anderweitige Verpfändungen gewilliget hat, oder nur in einem gewissen Fall, und halten im ersten Fall das ganze Pfandrecht für erloschen b); endlich sind wieder andere, welche überhaupt nur die Einwilligung in eine neue Verpfändung blos auf das Vorzugsrecht einschränken c): und dieser Meinung pflichten wir auch bey.

§. 2. Wir würden zu weitläuftig werden, wenn wir hier die Gründe von allen diesen verschiedenen Meinungen anführen und widerlegen wollten; es wird genug seyn, wenn wir blos die erstere Meinung einer kleinen Prüfung unterwerfen, und dabey zeigen, daß die diesseitige Meinung den Gesetzen allemal am angemessensten sey.

§. 3.

b) Es hat *Stryk* in V. M. Lib. 20. tit. 6. §. 4. diese verschiedene Meinungen gesammelt, und die Autoren davon angezeigt.

c) *Carpzov* P. 1. const. 28. def. 131. et in Resp. Lib. 4. resp. 32. n. 19. *Hahn* ad Wesenb. tit. quib. mod. pign. n. 2. *Martini* in process. tit. 46. §. 10. n. 14 seqq. *Leyser* sp. 233. med. 3 et 4. *Thomasius* de remissione tacita pignoris per consensum creditoris in nouam oppignorationem.

§. 3. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, daß durch die Einwilligung des hypothekarischen Gläubigers in eine anderweitige Verschreibung das Pfandrecht selbst erloschen sey, beziehen sich vornehmlich auf die *L. 12 pr. ff. quib. mod. pign. vel. hypoth. soluitur*, worin gesagt wird: Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, *ius suum pignoris remisisse videri*, et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Ohne uns aber bey der Erklärung dieses Gesetzes, welches ein Responsum des Paulus enthält, aufzuhalten, und ohne hier den Fall vorauszusetzen, worüber dieses Gutachten eingeholt ist d), können wir nur schlechtweg annehmen, daß dieses Gesetz uns gar nicht entgegensteht. Denn der Ausdruck: *ius suum pignoris remisisse videri*, will nicht das sagen, daß der Gläubiger sein ganzes Pfandrecht erlassen, sondern nur daß er sich seines Vorzugsrechts auf diese Hypothek zum Besten des andern Gläubigers begeben habe. Dieses wird dadurch noch deutlicher, wenn wir annehmen, daß Paulus in diesem Gesetz nur von der Remission des Pfandrechts in Absicht des andern Gläubigers, nicht aber von der gänzlichen Remission redet noch reden konnte, da er hierüber gar nicht befragt wurde.

d) *Thomasius* hat in der angeführten Dissertation §. 10 dieses Gesetz weiter erläutert.

§. 4. Mit dieser Erklärung stimmt auch vollkommen die *L. 12. §. 4 ff. qui pot. in pign.* überein, worin ausdrücklich gesagt wird: Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit. Pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quaeritur? erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit: vtrum vt discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor alii obligari hypothecam; an vt ordo seruetur, vt prior creditor secundo loco constituatur. Die Entscheidung dieser Frage: was unter dem Gläubiger und Schuldner ausgemacht sey, wenn ein Zweifel dabey entstehen sollte? ist diesem Gesetz nicht angehängt; allein diese wird nicht schwer zu machen seyn.

§. 5. Nehmen wir hier also an, daß es zweifelhaft sey, ob der hypothekarische Gläubiger sein ganzes Pfandrecht, oder nur sein Vorzugsrecht, durch die Einwilligung in eine anderweitige Verschreibung seiner Hypothek erlassen habe: so müssen wir nothwendig nach der bekannten Rechtsregel — da in diesem Fall die Gesetze nicht selbst die Entscheidung gemacht haben — die billigste Erklärung annehmen e). Es stimmt diese

e) L. 56. 192. §. 1 ff. de reg. iur. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est, quam tutius.

diese auch mit der Absicht der Partheyen am meisten überein: denn ist es wohl zu vermuthen, daß der Gläubiger durch seine Einwilligung in eine anderweitige Verpfändung von seinem ganzen Recht sollte abgegangen seyn; und so von Seiten des Schuldners, daß er die ganze Erlassung des Pfandrechts sollte verlangt haben? Ist dieses also, wie man doch gewiß annehmen kann, so darf man auch zum Schaden des Gläubigers diese Absicht nicht weiter ausdehnen, als sie wirklich geht.

§. 6. Einen andern Grund nehmen die Gegner aus der *L. 9. §. 1 ff. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* f); allein wer diese nur mit einiger Aufmerksamkeit lieset, wird leicht einsehen, daß sie vom gegenwärtigem Fall nicht das mindeste enthalte.

f) Titius Seio pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus cum esset reipublicae ante obligatus, secundus creditor pecuniam reipublicae eam soluit; sed Mevius extitit, qui dicebat, ante rempublicam sibi fundum obligatum fuisse: inueniebatur autem *Mevius*, instrumento cautionis cum republica facto a Seio, *interfuisse et subscripsisse, quo caverat Seius, fundum nulli alii esse obligatum.* Quaero, an actio aliqua in rem Mevio competere potest? Modestinus respondit, pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse.

Es wird darin von einem Gläubiger gehandelt, der in einem Instrument, das sein Schuldner mit einem andern Gläubiger gemacht, und worin der Schuldner versichert hatte, daß die verhypothecirte Sache noch niemand verpfändet sey, mit seiner Unterschrift solches gleichfals bestätigt.

Am Ende wird in diesem Gesetze gefragt: ob dieser Gläubiger, der dieses bezeugt, auch eine hypothekarische Klage gegen seinen vorgegebenen Schuldner habe? und es wird darauf geantwortet: pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse.

Dieses Gesetz setzt also ausdrücklich zum voraus, daß der Gläubiger seinem Schuldner sein ganzes Pfandrecht erlassen habe, wie aus dem Instrument ersichtlich ist; und in diesem Fall geben wir es der Gegenseite gern zu, daß alsdann das ganze Pfandrecht erloschen sey. Und daß der erste Gläubiger in diesem Gesetz sein ganzes Pfandrecht erlassen habe, wird dadurch ganz klar, daß er selbst als Zeuge vorher bescheinigt hat, die Sache (worauf er jetzt eine Hypothek verlangt,) sey noch niemand verpfändet. War also die Sache noch niemand verpfändet, so hatte dieser Gläubiger entweder selbst kein Pfandrecht darauf, oder er hatte es erlassen; in beyden Fällen konnten ihm daher auch die Gesetze keine hypothekarische Klage geben.

§. 7.

§. 7. Die übrigen Gründe der Gegner hier noch weiter auszuführen, würde ganz ohne Nutzen seyn, da eines Theils die Gesetze, worauf sie noch ihre Meinung stützen, gar nicht von der Einwilligung in eine neue Verpfändung, sondern meistentheils von der Einwilligung in den Verkauf der Hypothek reden, und daher nicht zu unserm Fall gehören, andern Theils ihre Gründe von der Beschaffenheit sind, daß sie der gegenseitigen Meinung gar nicht ein Gewicht geben können. Denn so ist z. B. der Grund ganz falsch: daß eigentlich die Einwilligung in eine anderweitige Verpfändung blos deswegen vom Schuldner nachgesucht, und vom Gläubiger ertheilt sey, damit das ganze Pfandrecht an der Sache aufhöre. Wir haben schon im 5ten §. gesagt, daß hierauf die Absicht der Partheyen nicht gehe: denn theils willigt der Gläubiger nur in eine anderweitige Verpfändung, also bleibt ihm sein Pfandrecht unbenommen; theils sucht diese der Schuldner nur bey seinem Gläubiger nach, daher kann er auch hierunter nicht die gänzliche Erlassung des Pfandrechts verstanden haben.

§. 8. Die diesseitige Meinung hat also in vielem Betracht vor der andern große Vorzüge; so wohl stimmt sie mit der Absicht und Intention der Partheyen völlig überein, worauf man doch in zweifelhaften Fällen immer zuerst Rücksicht nehmen muß, als auch gereicht sie keinem von beyden

den zum Nachtheil, und harmonirt dabey völlig mit den Gesetzen.

Wir können daher auch mit Grund immer annehmen, daß in dem Fall, wenn es zweifelhaft ist, ob der Gläubiger durch seine Einwilligung in eine anderweitige Verpfändung sein völliges Pfandrecht erlassen, dieses nie präsumirt noch von den Gesetzen dafür gehalten werde, selbst alsdann auch nicht, wenn diese Einwilligung unbestimmt, ohne auf einen besondern Fall Rücksicht zu nehmen, gegeben ist.

Denn so lange die Hypothek noch zur Befriedigung des ersten Gläubigers hinreichet, bleibt sie ihm auch in so weit noch immer verhaftet.

Fünf und zwanzigste Meditation.

Enkel sind nicht schuldig das zu conferiren, was ihr Vater von ihrem Großvater erhalten hat, falls sie die väterliche Erbschaft ausschlagen, und von ihrem Großvater allein erben wollen.

Sechs und zwanzigste Meditation.

Wenn Enkel die väterliche Erbschaft antreten, so müssen sie auch das conferiren, was ihr Vater, falls er noch gelebt hätte, zu conferiren schuldig gewesen wäre.

§. 1.

Anfänglich war die collatio bonorum nur zum Besten der emancipirten Kinder vom Prätor eingeführt. Denn da nach dem strengen Recht emancipirte Kinder von der väterlichen Erbschaft gänzlich ausgeschlossen waren, so gab ihnen der Prätor das Erbrecht. Allein damit dadurch nicht auch die Kinder, die noch in der väterlichen Gewalt waren, Schaden leiden möchten: so verordnete der Prätor, daß emancipirte Kinder auch diejenigen Sachen, die sie bereits

reits von ihrem Vater erhalten, conferiren sollten a).

§. 2. In der Folge wurde diese Lehre von der Collation der Güter theils von den Rechtsgelehrten, theils durch besondere Rescripte der Kaiser erweitert. Justinian hob endlich den Unterschied zwischen emancipirten und nicht emancipirten Kindern auf b), und verordnete, daß jede Kinder, sie möchten entweder aus einem Testament oder ohne Testament succediren, zur Collation verbunden seyn sollten c).

§. 3. Die Collation der Güter findet eigentlich alsdenn nur statt, wenn Descendenten von den Ascendenten erben, nicht aber wenn Ascendenten den Descendenten, oder Seitenverwandte einander succediren. Die Verbindlichkeit zur Collation selbst ist unter Descendenten gleichstark und erstreckt sich gleichweit; denn nicht blos Kinder ersten Grads, sondern auch Enkel u. s. w. sind dazu verpflichtet, falls sie von ihren Ascendenten erben, diejenigen Sachen, die sie von denselben erhalten haben, zu conferiren, und sich an ihrem Erbtheil kürzen zu lassen.

§. 4. Daß Enkel verbunden sind, die Güter, die ihr Vater von ihrem Großvater erhalten hat,

a) L. 1. pr. ff. de coll. bon.
b) §. 5. I. de exh.
c) Nou. 18. c. 6.

hat, nach jenes Tode bey der großväterlichen Erbschaft zu conferiren, wenn sie ihres Vaters Erben geworden sind, ist gewiß und unstreitig. Aber ob diese Verbindlichkeit ihnen auch alsdenn obliege, wenn sie die väterliche Erbschaft ausschlagen, und nur blos von ihrem Großvater erben wollen, darüber sind die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung.

§. 5. Die meisten Rechtsgelehrten d) haben durch einen gemachten Unterschied diese Frage entscheiden wollen; sie behaupten nämlich, daß Enkel alsdenn zur Collation desjenigen, was ihr Vater von ihrem Graßvater erhalten hat, verbunden wären, wenn sie mit ihres Vaters Brüdern concurrirten, und zwar deswegen, weil sie alsdenn iure repraesentationis succedirten, und ihren Vater vorstellten: nicht aber wenn sie mit Enkeln concurrirten.

§. 6. Aus mehr als einem Grunde aber können wir jener Meinung nicht beytreten, sondern wir behaupten, daß Enkel, falls sie die väterliche Erbschaft ausschlagen, und nur blos von ihrem Großvater erben wollen, in keinem Fall schuldig sind, das zu conferiren, was ihr Vater von dem Großvater erhalten hat.

§. 7.

d) *Carpzov* part. 3. const. 11. def. 33 et 34. *Struv* ex. 37. th. 25. *Berlich* p. 2. dec. 247. *Cocceii* ius contr. tit. de coll. bon. qu. 2. *Wernher* p. 5. obs. 499.

§. 7. Wäre es wahr, was man zur Behauptung der gegenseitigen Meinung anführet, daß nämlich Enkel iure repraesentationis succedirten: so ließe sich hieraus wohl ein Grund hernehmen. Allein jene Lehre, so allgemein sie gleich behauptet ist, so falsch ist sie doch. Enkel haben, um zur großväterlichen Erbschaft zu gelangen, kein ius repraesentationis nöthig; sie erben vermöge des ihnen in den Gesetzen e) gegebenen Erbrechts, und also iure proprio. Man wendet daher ganz unrichtig das ius repraesentationis bey der Succeßion der Enkel an, da es doch nur eigentlich unter Bruderskindern statt findet, und auch nicht weiter als auf selbige geht. Bey Descendenten aber verhält es sich ganz anders, da diese ins Unendliche fort von ihren Ascendenten erben. Noch mehr hievon zu sagen, würde unserm Endzweck nicht entsprechen; das, was wir davon gesagt haben, wird hinlänglich seyn, einzusehen, wie falsch die Folge sey, die man daraus hat herleiten wollen.

§. 8. So wenig gegründetes in diesem Fall die Gegenseite für sich hat: so viele Gründe sind im Gegentheil vorhanden, durch welche wir unsere Meinung erweisen zu können hoffen. Ist es

e) Nou. 118. cap. 1. *I. S. B. de Boehmer* de nepotibus auo iure proprio succedentibus. *Engelbrecht* de iure repraesentationis inter nepotes non obtinente.

es wahr, daß Kinder überhaupt zur Collation nicht verbunden sind, wenn sie die väterliche Erbschaft nicht annehmen wollen f): so sehen wir gewiß auch keinen Grund, weswegen Enkel in diesem Fall schlechter als Kinder seyn sollten; denn Kinder haben doch wenigstens dasjenige genossen, was sie von ihrem Vater erhalten haben; Enkel aber, die ihre väterliche Erbschaft ausschlagen, mithin nichts von ihren Eltern erhalten, wie sollen die denn verbunden seyn, sich bey der Erbschaft ihres Großvaters anrechnen zu lassen, was ihr Vater von demselben erhalten hat? Würde das nicht allen Regeln der Billigkeit widersprechen?

§. 9. Sind endlich die großväterliche und väterliche Erbschaft von einander ganz verschieden; ist es den Enkeln erlaubt, jene anzunehmen und diese auszuschlagen; findet die Collation der Güter nicht eher statt, als bis der Erblasser gestorben ist: wie kann also der Enkel verbunden seyn, für seinen Vater, von dem er doch nicht erben will, zu conferiren g).

§. 10. Mit jener Frage steht diese eben so bestrittene Frage, ob Enkel alles das conferiren müssen, was ihr Vater von ihrem Großvater erhal=

f) L. 25 C. fam. hercisc.

g) *Stryk* V. M. tit. de coll. bonor. §. 3. in fin. et in tract. de success. ab intest. diss. II. c. 2. §. 15. *Boehmer* introd. in ius dig. tit. de coll. bon. §. 4.

erhalten hat, wenn davon nichts auf sie gekommen, sie aber ihres Vaters Erbschaft angenommen haben? in Verwandtschaft.

Wenn gleich einige h) haben behaupten wollen, daß Enkel nur das zu conferiren brauchten, was sie von ihrem Vater erhalten haben: so halten wir doch dafür, daß in diesem Fall Enkel zu eben dem verbunden sind, wozu ihr Vater, falls er noch gelebt hätte, würde verbunden gewesen seyn i).

§. 11. Um unsere Meinung so viel als möglich deutlich zu machen, wollen wir hier zwey Fälle annehmen. Entweder ist von den Sachen, die der Sohn von seinem Vater erhalten hat, und die jetzt der Enkel conferiren soll, etwas ohne Verschulden des Vaters verlohren gegangen, oder der Vater ist daran schuld gewesen. Der erste Fall gehört hier eigentlich nicht her: denn da der Vater das nicht zu konferiren nöthig hat, was ohne sein Verschulden verloren gegangen k), so kan gleichfalls der Enkel nicht dazu verpflichtet seyn.

§. 12. In dem zweyten Fall aber lehrt uns die allgemeine gesetzliche Regel l), nach welcher alles das konferirt werden muß, was man von dem

h) *Carpzov* p. 3. const. 11. def. 20.
i) *Berlich* part. 2. dec. 247. *Schilter* ex. 41. §. 21.
k) L. 1. §. 23. L. 2. §. 2 ff. de coll. bon.
l) Nov. 18. c. 6.

dem Ascendenten erhalten, von dem man erben will, daß hier die Entscheidung ganz anders ausfallen müsse, und daß man den Enkel von der Verbindlichkeit, auch das bey der großväterlichen Erbschaft zu conferiren, was sein Vater zu conferiren schuldig gewesen wäre, nicht freysprechen kann.

§. 13. Diese Entscheidung wird auch niemanden hart und unbillig vorkommen können: denn legt man nur zum Grunde, daß Kinder, so bald sie von ihrem Vater erben, in alle Rechte und Verbindlichkeiten desselben treten m); daß in der Person des Erben die Verbindlichkeit ihres Erblassers nicht vermindert werden könne n); daß endlich die Miterben dadurch, wenn die Enkel von dieser Verbindlichkeit ausgenommen seyn sollten, offenbar Schaden leiden würden: so wird man gewiß so wenig unbilliges in dieser Meinung finden, daß man vielmehr eingestehen muß, daß sie in allem Betracht der gegenseitigen vorzuziehen sey.

m) L. 62 ff. de reg. iur. L. 24 ff. de verb. signif.

n) L. 2. §. 2 ff. de verb. oblig.

Sieben und zwanzigste Meditation.

Das interdictum quod legatorum geht nicht auf Schenkungen auf den Todesfall.

§. 1.

Das interdictum quod legatorum steht dem Erben gegen den Legatarius, der eigenmächtiger Weise vor angetretener Erbschaft das Legat in Besitz genommen hat, zu, und geht dahin, daß dem Erben, in so weit ihm daran gelegen, das Legat wieder restituiret werde a).

§. 2. Ob dieses Interdict auch auf Schenkungen auf den Todesfall gehe? darüber sind die Rechtsgelehrten uneins. Ehe wir aber zu dieser Streitfrage selbst kommen, wollen wir zur Vermeidung alles Mißverstandes hier die zwey Fälle von einander absondern. Es ist entweder von einer solchen Schenkung die Rede, die der Erblasser dem, welchem er sie gemacht, selbst übergeben; oder welche der Donatarius selbst nach dem Tode des Erblassers in Besitz genommen hat.

§. 3.

a) L. 1. §. 12 ff. quod legat.

§. 3. Dieser letzte Fall gehört nicht zu unserer Streitfrage: denn daß alsdenn dieses Interdict von dem Erben gegen den Donatarius könne angestellt werden, behaupten nicht nur die meisten Rechtsgelehrten, sondern kommt auch selbst mit der Absicht und dem Endzweck dieses Inderdicts völlig überein. Denn da die Gesetze so wenig dem Donatarius als Legatarius erlauben, eigenmächtiger Weise die ihnen geschenkte oder vermachte Sache in Besitz zu nehmen, so ist hier auch einerley Grund vorhanden, weswegen der Erbe die geschenkte und von dem Donatarius eigenmächtiger Weise in Besitz genommene Sache wieder zurückfordern könne.

§. 4. Wir haben uns also hier nur blos mit dem Fall zu beschäftigen, wenn der Donator dem Donatarius die geschenkte Sache bey seinem Leben selbst hingegeben; und da behaupten wir, daß der Erbe keinesweges dieses Interdict gegen den Donatarius anstellen könne.

§. 5. Das interdictum quod legatorum findet alsdenn gegen den Legatarius statt, wenn er eigenmächtiger Weise das Legat in Besitz genommen hat, nicht aber alsdenn, wenn er solches mit Vorwissen des Verstorbenen gethan hat b). Läßt also das Gesetz im letztern Fall das Inter-

b) Arg. L. 1. §. 2 ff. quod leg. — vt quod quis legatorum nomine, *non ex voluntate heredis occupauit*, id restituat heredi.

dict nicht zu, so können wir auch, ohne zu irren, daraus einen Schluß auf die Schenkungen von Todes wegen machen, da hier doch ein und eben der Grund obwaltet.

§. 6. Doch wir werden dieser Sache noch näher treten, und unsere Meinung außer allen Zweifel setzen, wenn wir aus gesetzlichen Verordnungen den von uns behaupteten Satz zu erweisen uns bemühen werden. Die Verordnung, die wir darüber antreffen, ist diese: *si quis ex mortis causa donationo possideat, vtique cessabit interdictum: quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt* c). Nichts kann deutlicher, nichts bestimmter als dieses Gesetz seyn, so daß alle gegenseitige Argumente schon aus jenen Worten widerlegt und beantwortet werden können.

§. 7. Allein wie wenig erheblich selbst die gegenseitigen Gründe sind, werden wir am besten daraus einsehen, wenn wir selbige einer kurzen Prüfung unterwerfen wollen. Wir gestehen der Gegenseite gerne zu, daß die Schenkungen auf den Todesfall den Legaten gleich gemacht sind d), aber wir leugnen die Folge, die man daraus hat herleiten wollen. Denn nicht zu gedenken, daß noch immer unter beyden ein wesentlicher Un-

ter-

c) L. 1. §. 5 ff. quod leg.
d) §. 1. I. de donat. L. 15 ff. de mort. caus. don.

terschied vorhanden e), so ist doch immer der daraus hergeleitete Schluß falsch. Denn ist es wahr, wie wir im 5ten §. erwiesen, daß das Interdict bey Legaten nicht statt finde, die von dem Erblasser dem Legatarius selbst übergeben sind: so muß solches auch, vermöge des von der Gegenseite selbst angeführten Grundes, von der Schenkung auf den Todesfall wahr seyn.

§. 8. Man sagt ferner, dieses Interdict wäre hauptsächlich zum Besten des Erben deswegen eingeführt, damit er theils wegen der ihm zustehenden quarta falcidia, theils wegen der Erbschaftsschulden gesichert sey; theils damit der Legatarius abgehalten werde, die ihm vermachte Sache eigenmächtig in Besitz zu nehmen.

Diese Gründe lassen sich zwar auf den Legatarius anwenden; ob aber auch selbige auf den Donatarius angewendet werden können? das ist eine ganz andere Frage. Das Gegentheil werden wir am besten zeigen, wenn wir auf jeden Grund besonders antworten.

§. 9. Der einzige Grund, warum dem Erben das Interdict zusteht, ist nicht blos dieser, weil ihm die quarta falcidia gebühret, sondern vielmehr die Gefahr, die quarta falcidia zu verlieren, wenn der Legatarius sich eigenmächtig in

e) *Ludovici* vsus pr. dist. tit. de mort. caus. don. dist. vlt.

Besitz setzt. Dieß findet aber bey einer auf den Todesfall geschenkten Sache, die der Donator dem Donatarius gegeben, nicht statt; denn hier ist der Erbe in Absicht der quarta falcidia, die ihm davon abzuziehen frey steht, schon genug gesichert. Und so folgt auch nicht, daß dem Erben das Interdict gegen den Donatarius zustehen müsse, weil ihm wegen der Erbschaftsschulden daran gelegen seyn könne, daß der Donatarius die geschenkte Sache wieder herausgeben müsse, und daß er auch nicht eigenmächtig die ihm geschenkte Sache zu sich nehmen könne; da er theils andere Mittel hat, den Donatarius anzuhalten, die geschenkte Sache wieder herauszugeben f); theils weil man nicht sagen kann, daß der sich eigenmächtig in Besitz gesetzt habe, der den Besitz von dem Herrn der Sache erlangt hat.

§. 10. Eben so wenig können auch die gegenseits noch angeführten Gesetze g) zur Entscheidung gegenwärtiger Streitfrage etwas beytragen. Die *L. pen. C. ad leg. falc.* sagt zwar, daß von den Schenkungen auf den Todesfall die quarta falcidia abgezogen werden, und daß zu dem Ende der Erbe solche von dem Donatarius zurückfordern könne: allein was für eine Klage der Erbe anstellen müsse, wird nicht gesagt; wir müssen

f) L. 26 ff. ad leg. falc.

g) L. pen. C. ad leg. falc. L. 26. pr. ff. ad leg. falc.

müssen daher auch dieses Gesetz aus andern erklären: und annehmen, daß in diesem Fall dem Erben keine andere Klage als die rei vindicatio zustehe. — Und so ist die *L. 26. pr. ff. ad leg. falc.* da dieselbe blos von Legaten und nicht von Schenkungen auf den Todesfall redet, hier nicht anzuwenden.

§. 11. Vergleicht man dasjenige, was wir zu Anfange zur Behauptung unserer Meinung angeführt haben, mit dem, was von der andern Seite angeführt wird: so werden gewiß alle Zweifel, die man noch etwa haben möchte, völlig verschwinden. Allein sollen wir den Rechtsgelehrten h), die selbst unsere Meinung vertheidigen, glauben: so kann auch nach der Praxis dieß Interdict bey Schenkungen auf den Todesfall angestellt werden.

h) *Struv* synt. iur. ciu. ex. 45. §. 26. *Perez* ad C. tit. quod legat. n. 7. *Schilter* ex. 47. §. 30. *Coccеii* tit. quod leg. qu. 2. Die gegenseitige Meinung vertheidigen *Hahn* ad Wesenbeck tit. quod leg. n. 6. *Stryk* V. M. eod. tit. §. 2.

Acht und zwanzigste Meditation.

Ein pactum vsurarium macht den ganzen Contract, dem es beygefügt ist, nicht ungültig.

§. 1.

Unsere Gesetze verbieten überhaupt alle wucherliche Contrakte, und setzen auf solche eine nachdrückliche und bestimmte Strafe. Das römische Recht a) belegt alle Wucherer mit der Ehrlosigkeit: das geistliche Recht b) nimmt ihnen die testamenti factio actiua, und schließt sie überdem vom heiligen Abendmahl und einem ehrlichen Begräbniß aus. Auch unsere Reichsgesetze c) lassen den Wucher nicht unbestraft: sie befehlen daher allen Richtern, daß sie über einen wucherlichen Contract nicht erkennen, keine Execution verhängen, und daß der, welcher einen solchen wucherlichen Contract geübt, den vierten Theil seiner Hauptsumme verlieren solle.

§. 2.

a) L. 20 C. ex quib. caus. infam. irrog.
b) Cap. 3. X. de vsur. Cap. 1. de vsur. in 6. Cap. 1. X. de sepult.
c) R. A. von 1500. tit. 31. 1530. tit. 26. 1548. 1577. tit. 17. 1600. §. 152. 1645. §. 173.

§. 2. Außer diesen angeführten Strafen wollen überdem noch einige Rechtsgelehrte d) einen solchen Contract, dem ein pactum vsurarium angehängt ist, für völlig ungültig erklären. Sie glauben den Grund dieser ihrer Meinung so wohl in dem römischen Recht e), als unsern Reichsgesetzen f) zu finden. Warum wir aber ihrer Meinung nicht beypflichten können, wird daraus erhellen, wenn wir die Gesetze, worin jene Meinung enthalten seyn soll, einer kurzen Prüfung unterwerfen werden.

§. 3. Wir haben schon oben erwähnt, daß nach den römischen Gesetzen derjenige, der einen wucherlichen Contract eingieng, ehrlos wurde; wollte man daher noch annehmen, daß der Contract in dem Fall ungültig sey: so muß man darüber eine deutliche Verordnung anführen können. Diese treffen wir aber in beyden von den Gegnern angeführten Gesetzen nicht an. — Die *L. 26. C. de vsur.* setzt mit keinem Wort die Ungültigkeit des ganzen Contracts auf einen sonst an sich gültigen Contract, dem ein pactum vsurarium angehängt ist; nein, sie will nur, daß der Wucherer in Ansehung desjenigen, was er sich über die gesetzmäßigen Zinsen hat versprechen lassen, keine

d) *Mevius* part. 8. dec. 185. n. 1. *Carpzov* pr. rer. crim. part. 2. qu. 92. n. 25.

e) L. 26. §. 1 C. de vsur.

f) P. O. 1577. tit. 17. §. 8.

keine Klage, um solches zu fordern, haben solle: *si quis*, heißt es, *contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem.*

§. 4. Doch nicht blos allgemeine rechtliche Grundsätze, nach welchen eine gültige Handlung durch eine ungültige nicht kann aufgehoben werden g), stehen der gegenseitigen Meinung entgegen, — nur das einzige Beyspiel von Schenkungen, die über 500 Dukaten gemacht sind, lehrt solches h) — sondern deutliche Gesetze i) lehren, daß im gegenwärtigen Fall auch nicht anders verfahren werde, daß daher der Contract an und für sich selbst gültig bleibe, das pactum vsurarium aber wegfalle.

§. 5. Aber noch ein Zweifel ist uns übrig, und zwar der, welchen wir in den Worten der Polizeyordnung antreffen. Hierin scheint die gegenseitige Meinung völlig gegründet zu seyn; es ist daher der Mühe wohl werth, wenn wir diese etwas erwägen. Die Verordnung, die wir darüber antreffen, ist diese: **Setzen, ordnen und wollen darauf, daß solche unrechtliche Contract, und alle unziemliche** *pacta* **und** *partita*, **Geding und Hän-**

g) L. 1. §. 5 ff. de verb. oblig.

h) L. 34. §. 1. C. de don.

i) L. 9. pr. ff. de vsur. L. 8 C. si cert. pet.

Händeln, wie die genennt oder erdacht werden mögen, gänzlich und zumal vermitten, und durch niemands, wes Würden oder Stands der sey, fürgenommen oder gebraucht werden sollen, damit allen Richtern, geistlichen und weltlichen gebietend, wenn solche wucherliche Contract und Partiten für sie bracht, daß sie dieselben unwürdig, kraftlos und unbündig erkennen, und auf solche Contracte keine Execution oder Vollziehung thun, oder verhelffen u. s. w. k). Hiemit stimmt auch die oben §. 1. angeführte Polizeyordnung von 1530 fast wörtlich überein.

§. 6. Ohne uns lange bey Erklärung dieser Stelle aufzuhalten, — denn wir glauben, daß solche ganz deutlich sey, — lassen wir es jedem über zu untersuchen, ob er in diesen Worten das finden könne, was die Gegner darin zu finden glauben.

Es ist wahr, unsere Rechtsgesetze verbieten alle wucherliche Contracte; sie wollen, daß solche nicht nur gänzlich vermieden, sondern als unwürdig, kraftlos und unbündig erkannt werden sollen: allein aus allem diesem folgt so wenig die gegenseitige Meinung, daß vielmehr dadurch unser behaupteter Satz noch mehr unterstützt wird. Denn das jene angeführte Worte nur

k) P. O. 1577. tit. 17. §. 8.

nur blos auf das pactum vsurarium, keinesweges aber auf den ganzen Contract gezogen werden können, das zeigt der ganze Zusammenhang jener Verordnung. Sie redet von **unrechtlichen Contracten und unziemlichen Pactis;** unrechtliche Contracte aber sind solche, die in den Gesetzen verboten sind: diese bestehen überhaupt nicht, es mag denselben ein pactum vsurarium zugefügt seyn oder nicht. Werden daher solche für ungültig erklärt, so liegt der Grund davon nicht in dem pacto vsurario, sondern darin, weil er an und für sich selbst nicht gilt.

§. 7. Ganz anders aber ist es in dem von uns angeführten Fall: denn wir wollen annehmen, daß bey einem Darlehn der Gläubiger sich 10 pro C. Zinsen hätte versprechen lassen. Sollte man hier das ganze Darlehn für ungültig erkennen? nein, nach den Gesetzen wird der Gläubiger genug bestraft, wenn er den vierten Theil seines Capitals verlieren muß. Hätten ihn die Gesetze des ganzen Capitals für verlustig erklären wollen: so ließe sich das nicht reimen, wenn sie sagen, **daß derjenige, so solche wucherliche Contracte üben würde, den vierten Theil von seiner Hauptsumme verlieren solle.** Wem sollen also die übrigen drey Theile zufallen? Nicht dem Richter; denn diesem haben die Gesetze den vierten Theil zuerkannt: nicht dem Schuldner; denn das sagen die Gesetze nicht:

es muß also dem Wucherer unbenommen bleiben, die übrigen drey Theile zu fordern, weil sie ihm theils durch die Gesetze nicht genommen sind, theils weil wir, besonders bey Strafen, die Gesetze nicht ausdehnen dürfen, sondern vielmehr da, wo sie nicht ganz deutlich sind, einschränken müssen.

Diese Meinung ist nicht nur selbst von den meisten Rechtsgelehrten l) angenommen, sondern auch darnach, wie Gail bezeigt, am höchsten Reichsgericht gesprochen worden.

l) *Gail* lib. 2. obs. 4 et 5. *Leyser* spec. 246. med. 7. *Pistor*. obs. 65. n. 5.

Neun und zwanzigste Meditation.

Wenn ein Contract wegen einer Verletzung über die Hälfte aufgehoben wird, so werden die von der im Besitz gehabten Sache gehobenen Früchte nicht erstattet.

§. 1.

Es ist bekannt, daß verschiedene Contracte wegen Verletzung über die Hälfte wieder aufgehoben werden können, und daß, falls der Verkäufer klage, der Käufer schuldig sey, entweder die gekaufte Sache herauszugeben, oder dasjenige, was an dem wahren Werth noch fehlt, zuzulegen. Erwählt er das erste, so entsteht dabey die Frage: ob er nur blos die Sache, oder auch zugleich mit derselben die davon gehobenen Früchte restituiren müsse?

§. 2. Verschiedene Rechtsgelehrten a) haben diese Frage bejahet; andere aber b), und so wie

a) *Richter* lib. 2. dec. 99. n. 200. *Schilter* ex. 30. §. 102. *Cocceii* I. C. tit. de resc. emt. vend. qu. 24.

b) *Fachineus* contr. lib. cap. 24. *Zoesius* ad ff. tit. de resc. emt. vend. n. 32. *Stryk* V. M. eod. tit. §. 8. *Leyser* spec. 205. n. 9.

wie uns scheint, mit weit größerm Rechte verneinet. Wir brauchen nur die Gründe, die man desfalls von beyden Seiten anzuführen pflegt, gegen einander zu halten, und dann unsere eigene Ueberzeugung reden zu lassen, so wird gewiß uns der Ausspruch nicht schwer fallen, und uns auf diejenige Seite lenken, die den Käufer von dieser Verbindlichkeit freyspricht.

§. 3. Der Hauptgrund, weswegen ein einmal geschlossener Contract wegen einer Verletzung über die Hälfte wieder aufgehoben werden kann, beruhet in der von den Gesetzen selbst anerkannten Billigkeit. Wir finden die Verordnung davon in der *L. 2. C. de resc. emt. vend.* c). Dieses Gesetz also muß auch bey Entscheidung jener Frage zum Grunde gelegt werden. Die Kaiser Diocletian und Maximilian wollen zwar in diesem ihrem Rescript, welches sie auf Ansuchen des Verkäufers, der bey dem Kauf über die Hälfte verlezt war, ertheilten, daß der Käufer entweder die gekaufte Sache herausgeben, oder den rechten Werth ergänzen solle; allein von den Früchten, die doch wahrscheinlicher Weise der Käufer gehoben, gedenken sie mit keinem Wort. Wür-

c) Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, vt vel, pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente; vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias.

Würden wir daher nicht wider den klaren Inhalt des Gesetzen handeln, wenn wir solches auf einen Fall ausdehnen wollten, der darin nicht enthalten ist?

§. 4. Wir dürfen aber nicht verschweigen, daß die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrten, selbst aus diesem Gesetz ihre Meinung zu erweisen sich unternommen haben. Sie schliessen dieses aus dem in jenem Gesetz vorkommenden Wort *restituere*, unter welchem, wenn solches in den Gesetzen vorkommt, zugleich die Früchte mit begriffen sind d). Allein so wahr diese Regel alsdenn seyn mag, wenn bey der Hauptsache, die restituiret werden soll, und den Früchten, die davon gehoben, ein und eben der Grund obwaltet: so falsch ist sie auch, und so unrichtig wird sie auch in dem Falle angewandt, wenn beyde von einander unterschieden sind e). Wer wird diese Verschiedenheit aber nicht in diesem Fall antreffen? Der Verkäufer wird hier deswegen lädirt, weil er seine Sache unter dem wahren Werth verkauft, nicht aber deswegen, weil der Käufer die Früchte derselben genossen. Jenes Stück begründet die aus diesen Gesetz entspringende Klage, nicht aber das leztere.

§. 5.

d) L. 173. §. 1 ff. de reg. iur. L. 22. 35. 75. L. vlt. §. 1 ff. de verb. sign. L. 38. §. 4 ff. de vsur.

e) L. 25. §. 4 ff. quae in fraud. cred. L. 2. C. de pact. inter emt. et vend. init.

§. 5. Aber was noch das meiste ist: Geben selbst die Rechte demjenigen, der bona fide eine Sache besitzt, das Recht, die Früchte davon zu heben; verpflichten sie ihn auch alsdann nicht, selbige zu restituiren, wenn er die im Besitz gehabte Sache dem wahren Herrn wieder heraus geben muß f): wie viel mehr können wir dann nicht den Käufer von dieser Verbindlichkeit frey sprechen, da er als wahrer Herr die Sache besessen, und auch als ein solcher die Früchte genossen? Selbst das geistliche Recht g) verbindet denjenigen, der von einer Kirche ein Grundstück unter dem wahren Werth gekauft, nicht zur Erstattung der davon gehobenen Früchte. Fällt also die Restitution der Früchte bey Kirchengütern, denen doch so viele Vorrechte beygelegt worden, weg, wie viel mehr muß solches denn auch nicht bey andern Gütern geschehen?

§. 6. Aber würde bey Annehmung unsrer Meinung nicht der Verkäufer Schaden leiden, und der Käufer sich mit dem Schaden eines andern bereichern? Diesen Einwurf setzt man uns entgegen; und wir sind schuldig, solchen zu beantworten. Die Rechtsregel, daß niemand sich mit dem Schaden eines andern bereichern dür-

f) §. 35. I. de adq. rer. dom. L. 48. pr. ff. de adq. rer. dom. L. 4. §. 2 ff. fin. reg.

g) Cap. 11. X. de reb. eccles. alien.

se h), fällt hier völlig weg. Will man von jemand sagen, daß er sich mit dem Schaden eines andern bereichre, so wird erfordert, daß er die Sache nicht nur auf eine ungerechte Art besitze, sondern daß der andere auch ein gegründetes Recht auf die Sache habe. Kann man das aber wohl von dem Käufer behaupten, der hier durch einen Kauf die Sache besitzt, der Verkäufer aber kein Recht auf die Früchte der Sache hat? Würde man im Gegentheil diese Regel nicht eher auf den Verkäufer anwenden können? Denn würde es nicht unbillig seyn, diesem die Früchte zuzuerkennen, da er doch den Kaufschilling erhalten, und also doppelten Nutzen genösse, nämlich Zinsen vom Kaufschilling und Früchte von der verkauften Sache?

§. 7. Doch wir müssen hier noch einem Einwurf begegnen: man sagt nämlich, durch eine sich hervorgethane Verletzung über die Hälfte wird der Contract völlig wieder aufgehoben; es muß deswegen alles in vorigen Stand gesetzt, und zugleich die gehobenen Früchte mit der Sache wieder erstattet werden i). Wir können diesen Einwurf der Gegenseite einräumen, wenn wir nur zeigen, daß die daraus gezogene Folge falsch sey.

Es ist wahr, durch die *L 2. C. de resc. emt. vend.* wird der Contrakt wieder aufgehoben, aber nicht

h) L. 206 ff. de reg. iur.

i) L. 24. §. 4 ff. de minor. L. 1. in fin. C. si maior fact. alien.

nicht eher, als bis derjenige, der bey einem Contrakt über die Hälfte lädirt ist, daraus klagt. Von der Zeit also, nicht von der Zeit, da der Contrakt geschlossen, wird er aufgehoben. Dem Käufer kann deswegen auch nicht eher ein Verzug, die Sache zu restituiren, beygemessen werden, als bis wirklich auf die Aufhebung des Contrakts erkannt worden.

§. 8. So wird auch endlich durch die in der Note i) angeführten Gesetze die gegenseitige Meinung im geringsten nicht erwiesen. Beyde reden nicht von unserm Fall, sondern von der ex minorennitate herrührenden Restitution. Wir können also auch daraus kein Argument herleiten, da beyde Fälle sehr weit von einander verschieden sind, und bey diesem ein anderer Grund, warum die Früchte zugleich mit der Sache restituirt werden müssen, eintritt.

Dreyßigste Meditation.

Um die actio publiciana anzustellen, wird nicht erfordert, daß der Kläger beständig in bona fide muß gewesen seyn.

§. 1.

Ehe wir zur Untersuchung dieser streitigen Materie selbst gehen, wird es nicht überflüßig seyn, wenn wir vorher erst eine kurze Erklärung dieser Klage voraussetzen, und dann einige Sätze daraus herleiten.

Diese publicianische Klage stellt derjenige an, der eine res non vitiosa von einem solchen, der nicht eigenthümlicher Herr davon ist, bona fide und aus einem rechtmäßigen Titel erhalten, solche aber, ehe er sie wirklich usucapirt, wieder verloren hat, gegen denjenigen, der diese Sache aus einem schwächern Recht besitzt, diese Sache, gleichsam als wenn sie schon vom Kläger usucapirt wäre, wieder zu restituiren.

§. 2. Aus dieser Erklärung ziehen wir folgende Sätze: Der Kläger muß bona fide und aus einem rechtmäßigen Titel die Sache erhalten haben, die Sache selbst muß non vitiosa seyn, z. B. nicht gestohlen; der Beklagte muß

muß ein schwächer Recht als der Kläger haben, widrigenfalls findet der Regel nach diese Klage gegen ihn nicht statt.

§. 3. Nachdem wir dieses vorausgesetzt, kommen wir zur Untersuchung der Streitfrage selbst, ob bey dieser Klage auch erfordert werde, daß der Kläger immer, auch zur Zeit, wenn er diese Klage anstellt, in bona fide seyn müsse?

Verschiedene Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß diese beständig erfordert werde a), und berufen sich, um dieses zu beweisen, so wohl auf die Verordnungen des römischen als geistlichen Rechts. Aus dem römischen Recht führen sie besonders *L. 7. §. 17.* und *L. 11. §. 3 ff. de publ. in rem act.* an: allein beyde Stellen sind unsrer Meinung in der That gar nicht entgegen. Wir hoffen dieses deutlich zeigen zu können.

§. 4. Die *L. 7. §. 17.* verordnet folgendes: Nec quisquam putet, hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, vti qui possit Publiciana experiri, sed oportere et *tunc* bona fide emtorem esse. Hieraus nehmen die Gegner die letztern Worte, und folgern daraus, daß man zur Zeit, da man die Klage anstellte, noch in bona fide müsse gewe-

 sen

a) *Backov* ad Treutler. Vol. I. diss. 15. th. 13. lit. C. *Cocceii* I. C. tit. de publ. in rem act. qu. 4. *Hahn* ad Wesenb. eod. tit. n. 4.

sen seyn; dies soll hier besonders der Ausdruck *tunc* anzeigen. Allein sollte wohl nicht ein jeder von selbst das Erzwungene dieser Worterklärung einsehen? Denn wollte man die letzten Worte dieses Gesetzes auf die Zeit der Klage ziehen, so müßte anstatt *tunc* bona fide emtorem esse, nothwendig *nunc* stehen. Es will also dieses Gesetz weiter nichts sagen, als daß es zu dieser Klage nicht genug sey, wenn man bey der Uebergabe der gekauften Sache nicht gewußt habe, sie sey eine fremde Sache, sondern man müsse auch damals oder zur Zeit des Kaufs noch überdem wirklich in bona fide gewesen seyn, so daß man gewußt, man nähme keine fremde Sache in Besitz.

§. 5. Die *L. 11. §. 3 ff. de publ. in rem. act.* b) steht uns eben so wenig entgegen; denn hier ist von einer gestohlnen Sache die Rede, und hiemit verhält es sich ganz anders. Wir haben schon oben erinnert, daß zu dieser Klage immer eine res non vitiosa erfordert werde; die Sache, worüber geklaget wird, darf also auch nicht gestohlen seyn c); will daher jemand in diesem Fall die publikanische Klage anstellen, so muß er dieses zu der Zeit auch noch nicht wissen,

b) — Competit mihi in partu Publiciana, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.

c) L. 9. §. 5. L. 12. §. 4 ff. de publ. in rem act.

sen, und daher noch in bona fide seyn. Dieses Gesetz findet also in unserm Fall gar keine Anwendung. — Und eben so verhält es sich auch mit dem Argument; daß derjenige, welcher nicht in dem Stande wäre zu usucapiren, auch nicht diese Klage anstellen könne; wer aber wissentlich eine fremde Sache wiederforderte, der könne sie nicht usucapiren, also auch nicht diese Klage anstellen. Denn es ist falsch, daß einer zu der Zeit, da man diese Klage anstellt, braucht in dem Stande zu seyn, sie usucapiren zu können; sondern es ist genug, wenn man es zu der Zeit, da man die Sache erhalten, gewesen ist d).

§. 6. Allein wenn gleich diese Gesetze unsrer Meinung gar nicht entgegen sind, so wollen wir doch diese streitige Materie nicht eher schließen, bis wir erst gezeigt haben, daß auch selbst unsere römischen Gesetze bey der publicianischen Klage keine bona fides beständig fordern. Nicht nur verlangen unsere Gesetze hier weiter nichts, als daß jemand die Sache, worüber die Klage ist, bona fide in Besitz genommen e), sie erfordern daher keine immerwährende bona fides; sondern sie halten es selbst bey der wahren Usucapion für hinreichend, wenn man im Anfang derselben in bona fide gewesen ist. Ist also von

d) L. 7. §. 2 et 17. — Publiciana eum experiri non posse, quia vsu capere non poterit.

e) L. 7. §. 11 et 14. L. 17. iunct. L. 7. §. 6 ff. de publ. in rem act.

der wahren Usucapion dieses in dem römischen Recht verordnet, wodurch man doch den wahren Eigenthümer ausschließt, so kann man hier, wo von einer fingirten Usucapion die Rede ist, und wodurch man einen solchen, der ein schwächer Recht als der Kläger hat, ausschliesset, dieses allemal noch weit eher annehmen.

§. 7. Allein wenn nun gleich nach dem römischen Recht keine bona fides beständig erfordert würde, sollte man denn doch wenigstens nicht nach den Grundsätzen des geistlichen Rechts diese hier annehmen müssen?

Es ist wahr, daß das geistliche Recht bey einer jeden Verjährung eine immerwährende bona fides erfordert f); allein es ist eine andere Frage, ob diese Verordnung auch auf die fingirte Usucapion bey der publicianischen Klage kann gezogen werden. Wir sind hier gegenseitiger Meinung, und behaupten, daß selbst nach dem geistlichen Recht keine bona fides beständig erfordert werde.

§. 8. Das geistliche Recht erfordert zwar zu einer Verjährung eine immerwährende bona fides: allein hier ist auch nicht von einer wirklichen, sondern nur von einer fingirten Usucapion die Rede, worauf jene Verordnung keine Anwendung findet. Wir schliessen durch diese Kla-

ge

f) Cap. fin. X. de praescript.

ge nicht den Eigenthümer und wahren Herrn der Sache aus, sondern einen solchen, der ein schwächer Recht hat, als wir selbst haben. Uns steht also überdem schon von selbst ein größerer Anspruch an der Sache zu als dem andern, und daher sind wir auch mit einem solchen, der eine Sache gegen einen wahren Eigenthümer usucapiren will, gar nicht zu vergleichen. Und gesetzt, der Beklagte wollte hier dem Kläger seine mala fides opponiren, so würde diese Exception hier nicht statt finden können, weil diese das Recht eines dritten, nämlich des wahren Herrn, betrifft, die in keinem Betracht kommen kann.

§. 9. Da also jene Usucapion von dieser so weit unterschieden, und beyde auf keine Weise völlig mit einander gleich gestellt werden können, so dürfen wir auch die Verordnungen und Grundsätze des geistlichen Rechts um so weniger hierauf mit ausdehnen, da diese publicianische Klage allein aus dem römischen Recht herkommt und hierin gegründet ist, das geistliche Recht aber darin keine Aenderung gemacht hat. Wir müssen also allein bey den Grundsätzen des römischen Rechts stehen bleiben, und können daher sicher immer denen Rechtsgelehrten beypflichten, welche zu der publicianischen Klage eine beständige bona fides als kein wesentliches Stück ansehen g).

Ein

g) *Struv* ex. 11. §. 42. *Stryk* V. M. tit. de publ. in rem

Ein und dreyßigste Meditation.

Ein Vormund ist nicht schuldig, Zinsen von Zinsen zu bezahlen, wenn er seinem Pupillen ein Kapital schuldig ist, und davon keine Zinsen bezahlt hat.

§. 1.

Die Pflicht des Vormundes, für das Beste und den Vortheil seiner Pupillen zu sorgen, ist so groß und stark, daß durch die Unterlassung derselben er sich allezeit einer schweren Verantwortung aussetzet. Diese Pflichten hier der Reihe nach durchzugehen, ist unsere Absicht nicht. Wir wollen nur noch dieses erinnern, daß ein Vormund nie vorsichtig genug mit Pupillengeldern umgehen könne, und daß er sich besonders hüten müsse, von diesen Geldern etwas in seinen eigenen Nutzen anzuwenden. Denn thut er das Geld nicht auf Zinsen aus, so muß er selbst Zinsen davon geben a); wendet er aber das

rem act. §. 4. *Boehmer* Introd. in ius dig. eod. tit. §. 2. *Müller* de mala fide superueniente Cap. 3. th. 3.

a) L. 7. §. 11. L. 15. ff. de adm. et per. tut.

das Geld in seinen eigenen Nutzen an, so muß er solches mit 12 Procent verzinsen b).

§. 2. So strenge sind also unsere Gesetze gegen einen Vormund, der nicht seinem Amte gemäß handelt; aber diese Strenge der Gesetze noch weiter auszudehnen, als die Gesetze wollen, ist gewiß höchst ungerecht und unbillig: hierein verfallen aber alle die Rechtsgelehrten c), welche dem Vormund Zinsen von Zinsen zu bezahlen in dem Fall auferlegen, wenn er dem Pupillen ein Kapital schuldig ist, und davon keine Zinsen entrichtet hat.

§. 3. Redeten die Gesetze so, oder könnten wir nur einen Grund finden, woraus wir auf jene Meinung schliessen könnten, so würden wir gerne den für diese Meinung von uns angeführten Rechtsgelehrten beypflichten; allein so können wir denselben in diesem Stück nicht beytreten, so sehr sie gleich behaupten mögen, daß ihre Meinung in Praxi angenommen, und darnach auch von verschiedenen Fakultäten, wie dieses die von ihnen angeführten Rechtssprüche bezeugen, gesprochen worden. Wir können wenigstens eben so gut dies von unserer Meinung sagen;

b) L. 54 ff. de adm. et per. tut.

c) *Berlich* part. 2. dec. 268. n. 13. *Lynker* part. 2. dec. 996. *Wernher* part. 8. obs. 397. *Mencke* de tutore ad vsuras vsurarum oblig.

sagen; denn alle diejenigen Rechtsgelehrten f), die dieselbe vertheidigen, behaupten eben dies. Es muß also nur blos allein durch Gründe ausgemacht werden, welche von beyden den Vorzug verdiene.

§. 4. Zum Beweis unsers Satzes berufen wir uns nur auf die ganz generellen Verordnungen der Gesetze g), nach welchen es überhaupt verboten ist, Zinsen von Zinsen zu nehmen.

Diese Regel muß so lange gelten, bis man uns eine deutliche Ausnahme davon zeigen kann. Man wird hier leicht, ohne unsere Erinnerung, einsehen, daß man uns von der Gegenseite nicht einräumen werde, daß dadurch ein Anatocismus begangen werde, wenn der Vormund von Zinsen, die er doch zu bezahlen schuldig gewesen, wie-

f) *Carpzov* part. 2. const. 30. def. 32. *Sande* decis. Frisiae Lib. 3. tit. 14. def. 6. *Struv* ex. 27. §. 51. *Stryk* V. M. tit. de vsur. §. 18. tit. de adm. et per. tut. §. 23. *Boehmer* cons. et resp. Tom. 1. resp. 597. n. 11.

g) L. 29 ff. de vsur. Placuit siue supra statutum modum quis vsuras stipulatus fuerit, siue vsurarum vsuras, quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi, et licitas peti posse. — L. 28. C. de vsur. — — Quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam vsuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum vsuras stipulari.

wieder Zinsen geben müsse. Man schliesset daher so: alles dasjenige, was der Vormund in Absicht seines Pupillen gegen einen Dritten thun muß, daß muß er auch gegen sich selbst thun h); muß er deswegen von dem Dritten, der seinem Pupillen was schuldig ist, Zinsen einfordern, so muß er solches auch von sich selbst thun.

§. 5. Aber sezt man nicht wirklich bey diesem Argument etwas als erwiesen zum voraus, was noch erst erwiesen werden muß? und liegt in jenem Schluß, wie die Philosophen reden, nicht eine petitio principii? Erst muß man uns zeigen, daß ein Vormund, falls er die Zinsen von einem Dritten einzufordern versäumt, verpflichtet sey, von den fällig gewesenen Zinsen Zinsen zu geben: so lange das nicht geschieht, so lange kann uns auch jenes Argument nicht treffen.

§. 6. Um jedoch unsere Meinung in ein noch helleres Licht zu setzen, brauchen wir uns nur diejenigen Fälle zu gedenken, in welchen ein Anatocismus begangen werden kann. Ein Anatocismus ist da, so lange die Person des Schuldners nicht verändert wird, und man dennoch Zinsen von Zinsen fordert. Aber auch diesen

h) L. 9. §. 3 ff. de adm. et peric. tut. Et generaliter, quod aduersus alium praestare debuit pupillo suo, id aduersus se quoque praestare debet.

sen in den Rechten gegründeten Satz sucht man von der Gegenseite zu entkräften. Man sagt: der Vormund stelle eine doppelte Person vor, nämlich seine eigene als des Schuldners, des Pupillen seine als des Gläubigers; behielte er also die schuldigen Zinsen an sich, so leihe er sich solche gleichsam selbst i), und also werde hier die Person des Schuldners verändert.

§. 7. Wer sollte aber wohl nicht einsehen, daß auch hier ein bloßes Wortspiel zum Grunde liege? Der Vormund, wenn er seinen Pupillen was schuldig ist, bleibt eben so gut ein Schuldner als ein jeder anderer; und eine solche Veränderung der Person, als hier die Gegner vorgeben, ist nicht hinlänglich, um den Anatocismus auszuschliessen: denn die Gesetze setzen hier nicht eine selbst erdichtete, sondern eine wirkliche Veränderung der Person fest. Wir brauchen nur, um das zu erweisen, hier uns auf den Fall zu berufen, wenn über die Schuld eine Novation oder Delegation gemacht wird; in beyden Fällen aber ist es nicht erlaubt, Zinsen von Zinsen zu nehmen k). Und wollte man das gegenseitige Argument hier als richtig gelten lassen, wie viele Mittel und Wege liessen sich da nicht ersinnen, den

i) L. 15 ff. de reb. cred. L. 34 ff. mand.

k) *Struv* l. c. §. 50. *Cocceii* de anatocismo Sect. 2. §. 14.

den Gesetzen, die doch so sehr den Anatocismus verwerfen l), entgegen zu handeln.

§. 8. So nichtsbedeutend sind in der That alle gegenseitigen Gründe; ja selbst die Gesetze m), die man noch anzuführen pflegt, entscheiden diesen Fall nicht: denn diese Gesetze sagen nur das, daß ein Vormund, wenn er ein Capital oder Zinsen von einem Dritten eingehoben, und solches Geld in seinen Nutzen verwandt, Zinsen davon geben solle. Dies aber, wie wir wohl nicht zu erweisen nöthig haben, kann nicht auf diesen Fall ausgedehnt werden. Wir hoffen hiedurch nicht nur die gegenseitigen Gründe widerlegt, sondern auch zugleich unsere Meinung genug bewiesen zu haben: wir können uns auch allemal einen Vorzug vor jenen um so eher versprechen, wenn wir nur noch beyfügen, daß selbst unsere Reichsgesetze, wie wir schon in der 28sten Med. gezeigt, allen Wucher verbieten, und wir also auch keine andere Ausnahmen, als die in den Gesetzen gegründet sind, machen dürfen.

Zwey

l) L. 3. C. de re iud. — — Cum enim iam constituimus, vsurarum vsuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo huiusmodi machinatio possit induci.

m) L. 7. §. 12. L. 58. §. 1 et 8. fin. ff. de adm. et per. tut. L. 2. C. de vsur. pup.

Zwey und dreyßigste Meditation.

Ein Substitute kommt auch alsdenn zur Erbschaft, wenn ein Minderjähriger gleich die Erbschaft angetreten, sich aber nachher dawider in vorigen Stand hat restituiren lassen.

§. 1.

Wenn ein Testirer jemanden zum Erben einsetzt, ihm aber, im Fall er die Erbschaft nicht antreten könnte oder wollte, eine fremde Person substituiret, so hat er dadurch so viel möglich die Intestaterben ausschliessen, und vielmehr, so bald der eingesetzte Erbe fehlt, die Erbschaft einem andern zukommen lassen wollen. Nach dem Willen des Testirers also zu urtheilen, worauf man doch nothwendig zuerst mit Rücksicht nehmen muß, hat er auch in dem Fall, wenn sich der minderjährige Erbe wider die angetretene Erbschaft hat in vorigen Stand restituiren lassen, die Intestaterben ausschliessen, und für diese den Substituten jetzt zum Erben ernennen wollen.

§. 2. Die diesseitige Meinung stimmt, wie wir gesehen, mit den Willen des Testirers vollkommen überein; es kommt also nun noch darauf an, ob selbige auch den Gesetzen nicht zuwider sey. Verschiedene Rechtsgelehrte a) haben dieses zu behaupten gesucht, und ihre Meinung weit gegründeter gefunden. Wir sind also auch verbunden, die Gründe, deren sie sich bedienen, hier anzuführen, und demnächst in etwas zu prüfen.

§. 3. Besonders beziehen sie sich auf die generelle Verordnung der Gesetze b), daß die Substitution, so bald der Erbe die Erbschaft anträte, erlösche. Wir können dieses der Gegenseite immer der Regel nach zugeben; allein es ist eine andere Frage, ob bey der Wiedereinsetzung des Erben in vorigen Stand eben dieses statt habe. So wohl nach dem Willen des Testirers, als auch nach dem Begriff, den wir uns von der Wiedereinsetzung in vorigen Stand machen, zu urtheilen, muß hier die Substitution

 noth-

a) *Harprecht* ad I. tit. de vulgar. subst. §. 4. n. 21. *Vinnius* select. iur. qu. Lib. 1. cap. 14. *Perez* ad Cod. Lib. 6. tit. 26. n. 7. *Coccеii* I. C. tit. de vulg. et pupill. sust. qu. 8. *Walch* introd. in controu. iur. Sect. 2. cap. 4. membr. 2. §. 25.

b) L. 5. C. de impub. et al. subst. Post aditam hereditatem directae substitutiones, non impuberibus filiis factae, exspirare solent.

nothwendig noch bestehen bleiben. Denn wird durch die Restitution alles wieder in vorigen Stand gesetzt, und erhält ein jeder sein erstes Recht wieder c), so muß es auch in diesem Fall eben so angesehen werden, als wenn der Minderjährige die Erbschaft gar nicht angetreten hätte. Es ist nunmehr die Bedingung, unter welcher der Testirer den Substituten zu der Erbschaft gerufen hat, gekommen, da der minderjährige Erbe kein Erbe seyn will; es muß daher auch nun der Substitut, dem Willen des Testirers gemäß, zur Erbschaft gelassen werden. In ähnlichen Fällen haben unsere Gesetze eben so geurtheilt d).

§. 4. Man wirft hiergegen zwar ein, daß eines Theils derjenige, der einmal Erbe sey, auch immer Erbe bleibe, wenn er sich gleich wider die angetretene Erbschaft in vorigen Stand restituiren lasse, und daß andern Theils die Wiedereinsetzung in vorigen Stand keinem Majorennen nütze, welches im gegenwärtigen Fall doch geschähe, wenn die Substitution nicht erlöschen sollte; allein wir können auf den ersten Einwurf erwiedern, daß man nicht auf den bloßen Namen

c) L. 24. §. 4. de minorib. vig. quinq. ann. Restitutio autem ita facienda est, vt vnusquisque integrum ius suum recipiat.

d) L. 1. §. 10. L. 2. §. 10 ff. ad SCtum Tertull.

men des Erben Rücksicht nehmen darf, sondern auf denjenigen, der wirklich Erbe ist. Ein solcher Erbe bleibt aber der nicht, welcher sich wider die angetretene Erbschaft in vorigen Stand restituiren läßt. Unsere Gesetze sehen selbst in gleichen Fällen nicht auf den Erben, der es dem Namen nach, sondern auf den, der es in der That wirklich ist e), wie wir dieses in der 8ten Meditation bey dem iure accrescendi näher gezeigt haben. Aber dieser Einwurf würde der Gegenseite selbst am meisten im Wege stehen; denn ist es wahr, was sie behaupten, so können auch die Intestaterben, welche doch die meisten von ihnen vor dem Substituten zulassen wollen, gar nicht zur Erbschaft gelangen. Denn so bald ein Erbe da ist, der die Erbschaft angetreten hat, so sind auch, nach ihrer Behauptung, die Erbgüter nicht mehr als des Testirers, sondern als des Erben Güter anzusehen, wenn sich der Erbe gleich wider die angetretene Erbschaft hat in vorigen Stand restituiren lassen; folglich können sie auch auf keine Weise den Intestaterben zufallen.

§. 5. Der zweyte Einwurf aber, daß die Wiedereinsetzung in vorigen Stand keinen Majorennen nütze, wird hier ganz verkehrt angewandt. —

e) L. 6. §. 2 ff. de bon. libert. Si filius liberti heres ab eo institutus abstinuerit, quamuis nomine sit heres, patronus admittitur.

Die Restitution nützet dem Substituten nicht weiter, als wenn er gleich anfangs gesagt hätte, er **wolle kein Erbe seyn**; denn daß der Substitute zur Erbschaft kommt, liegt in dem Willen des Testirers, nicht in der Restitution. So bald der Fall also da ist, daß der Erbe kein Erbe seyn will — welcher auch dann eintrit, wenn sich ein minderjähriger Erbe wider die angetretene Erbschaft in vorigen Stand ristituiren läßt — so bald erlangt auch der Substitute aus dem Testament ein Recht an der ihm jetzt zugefallenen Erbschaft. Wir können daher diesen Einwurf der Gegner an und für sich als richtig annehmen, wenn wir nur die Folgerung daraus ableugnen, und doch bey unserer Meinung stehen bleiben.

§. 6. Die Gegenseite unterstützt zwar diese beyden Einwürfe hauptsächlich durch die Verordnung der *L 7. §. 10 ff. de minorib.* woraus sie die Worte nimmt: *Si autem prius minor adiit hereditatem, mox abstentus sit, substitutum pupillo seruum cum libertate non posse heredem existere, neque liberum esse;* allein auch diese Worte werden nach einer nähern Prüfung der diesseitigen Meinung gar nicht entgegen stehen. — nicht zu gedenken, daß in diesem Gesetz nur blos eines Sklaven gedacht wird, der einem minderjährigen Erben substituirt war, und der in keinem Betracht nach den Grundsätzen des römischen Rechts mit einem jeden andern Erben

in

in Vergleichung kann gesetzt werden; so hat auch selbst Ulpian am Ende dieses Gesetzes des Papinians Meinung — die in den vorgetragenen Worten liegt — gemisbilligt. Er sagt ausdrücklich, nachdem er des Papinians Meinung vorgetragen hat: *Non per omnia verum est; nam si non est soluendo hereditas, abstinente se herede, et D Pius rescripsit, et imperator noster, et quidem in extraneo pupillo locum fore necessario substituto.* Man erinnert zwar hiergegen, das Ulpian nur blos in dem Fall den substituirten Sklaven zugelassen hätte, weil die Erbschaft voller Schulden gewesen wäre: allein wollte man dies gleich annehmen, so würde hieraus wider die Gegenseite der Grund können genommen werden; daß dieses Gesetz theils keine allgemeine Regel enthalte, theils nur blos den Fall, wenn ein Sklave substituirt ist, vortrage, also auf andere Fälle, die von diesem so weit verschieden sind, gar nicht einmal könne ausgedehnt werden. — Aber Ulpian läßt in diesem Gesetz nicht blos deswegen den substituirten Sklaven zu, weil die Erbschaft voller Schulden ist, und setzt darin den einzigen Bewegungsgrund zu dieser Verordnung; sondern man kann dieses Gesetz auch eben so gut so erklären: **weil die Erbschaft so voller Schulden ist, und sich der Erbe deswegen in vorigen Stand hat restituiren lassen, so muß auch noch besonders der substituirte Sklave zur Erbschaft gelassen werden.** Es wird also nicht einzig und

allein deswegen, weil die Erbschaft verschuldet ist, der Sklave hier zugelassen f). Doch wir brauchen uns bey diesem Gesetz nicht so lange zu verweilen, da es überhaupt keine allgemeine Entscheidung geben kann.

§. 7. Mit unserm Satz streitet auch eben so wenig die Verordnung der *L. 2 ff de success. edict.* g). In diesem Gesetze wird nur gesagt, daß das successorium edictum nicht statt habe, wenn der nähere Verwandte die Erbschaft angetreten, nachher aber sich dagegen im vorigen Stand habe restituiren lassen. Dieser Fall paßt daher gar nicht auf den unsrigen; denn der Prätor hatte schon dadurch das strenge Recht genug gemildert, daß er den entferntern Verwandten zur Erbschaft ließ, falls der nähere sie ausschlug h). Er konnte also in dem Fall, wenn der nächste Verwandte die Erbschaft antrat, hernach sich aber in vorigen Stand restituiren ließ, auch keine neue Einschränkungen mehr in dem alten Recht machen.

Mit

f) *Faber* coniectur. Lib. 3. coniect. 4. *Struv* ex. 33. §. 17. qu. 4.

g) Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habet, cum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem prior cognatus acceperat; igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit.

h) L. 1 ff. vnde cogn.

Mit der Substitution aber hat es eine ganz andere Bewandtniß; denn diese beruhet auf dem Willen des Testirers, und muß also auch darnach beurtheilet werden.

§. 8. So wenig Grund hat die Gegenseite für ihre Meinung, und so wenig schaden uns die für sich angeführten Gesetze. Vielmehr hat die diesseitige Meinung in vielem Betracht große Vorzüge. Nicht nur stimmt sie mit dem Willen des Testirers und der Analogie der Rechte vollkommen überein; sondern wir finden auch selbst in den Gesetzen Fälle, wo der Substitut noch immer ist zur Erbschaft gelassen worden, wenn gleich der Erbe durch die Restitution von der Erbschaft abstinirt hat i). Die Gegner wollen hiergegen zwar einwenden, daß der Erbe hier noch nicht die Erbschaft angetreten habe: allein wer nur mit einiger Aufmerksamkeit dieses Gesetz lieset, wird das Gegentheil darin bald finden können k).

i) L. 44 ff. de re iud. Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore, et condemnata est; postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis: et ita bona defuncti ad substitutum, vel ad coheredes peruenerunt.

k) *Faber* l. c. *Struv* l. c. *Fachineus* contr. iur. Lib. 4. cap. 73. *Boehmer* introd. in ius dig. Lib. 28. tit. 6. §. 8. *Tittel* de substituto vulgari per institutum adeuntem non excluso. et non adeuntem excluso, sind diesseitiger Meinung.

Drey und dreyßigste Meditation.

Ein dritter Besitzer einer special Hypothek kann der Regel nach nicht eher belangt werden, bis der Hauptschuldner ausgeklagt ist.

§. 1.

Es ist die Frage: ob ein dritter Besitzer einer special Hypothek auch der Regel nach — denn um die Ausnahmen, die hier einige machen, brauchen wir uns nicht zu bekümmern — das *beneficium excussionis* habe? von den größten Rechtsgelehrten so verschieden beantwortet worden, daß, wenn man blos auf dieser ihr Ansehen Rücksicht nehmen wollte, es zweifelhaft seyn würde, welcher Meinung man am ersten beypflichten sollte. Nach den Gesetzen aber zu urtheilen, die man doch immer zur Hauptrichtschnur in Entscheidung der uns vorkommenden Fälle nehmen muß, wird es nicht schwer fallen, einen richtigen Ausschlag zwischen beyden Meinungen zu treffen.

§. 2. Wir werden nicht nöthig haben, hier erst vorher weitläuftig zu erzählen, daß in den älte-

ältesten Zeiten eine Hypothek kein dingliches Recht producirte, und deswegen der Hauptschuldner vorher immer mußte ausgeklagt werden, daß aber der Prätor Servius alles dieses geändert habe a); sondern es ist genug, wenn wir hier gleich auf die Verordnungen des Kaisers Justinian zurückgehen.

Justinian hob in seiner **Novelle** 4 die gemachte Veränderung in Ansehung des Pfandrechts wieder auf, und sezte dagegen die allgemeine Regel fest, daß der Gläubiger vorher erst den Hauptschuldner selbst ausklagen sollte, ehe er einen dritten Besizer der Hypothek belangte b). Er gab also allen Besizern einer Hypothek, in dem Fall sie von dem Gläubiger gleich sollten belangt werden, das beneficium excussionis, und zwar ohne einen Unterschied dabey zu machen, ob die Hypothek eine special oder general Hypothek sey.

§. 3.

a) Hievon kann man weiter nachsehen: *Coccejii* I. C. tit. de pignorib. qu. 14. *Wernher* P. 1. obs. 130.

b) Auth. Sed hodie C. de oblig. et act. Auth. Hoc si. C. de pignoribus. Hoc si debitor possideat: alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo et intercessore. Et si nec ex hypothecis debitoris satisfiat, tunc demum intercessoris hypothecae, si quae sunt petantur.

§. 3. Nach dieser klaren gesetzlichen Verordnung sollte man es kaum vermuthen, daß so viele und große Rechtsgelehrte der gegenseitigen Meinung beygetreten wären c): allein wir müssen es selbst gestehen, daß sie, wo nicht mehrere, doch gewiß eben so viele Vertheidiger, als die diesseitige aufzuweisen hat. Doch ohne hierauf weiter Rücksicht zu nehmen, wollen wir jetzt ihre Gründe erwägen, deren sie sich vornemlich bedienen.

Sie geben uns zwar zu, daß die Novelle 4 den Besitzern einer fremden Hypothek das beneficium excussionis zustehe: allein sie glauben, daß man theils diese Novelle nicht von allen Hypotheken, sondern nur von den generellen verstehen könne, wie dieses aus der Novelle 112. Kap. 1. ersichtlich sey; theils daß selbst auch die Nov. 112. hierin eine Abänderung schon gemacht habe, und daher auch nur diese, als die

c) *Carpzov* P. 2. const. 18. def. 18. et in Resp. Lib. 2. resp. 72. n. 4 seqq. *Berlich* P. 1. concl. 24. n. 67 seqq. *Mevius* P. 2. dec. 286. n. 5. *Huber* prael. ad ff. tit. de pignor. n. 9. *Hahn* ad Wes. tit. de distr. pign. n. 1. *Pagenstecher* Irner. in iur. vapul. crit. 8. §. 3 seqq. *Brunnemann* ad L. fin. C. de oblig. et act. *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 4. §. 16. *Boehmer* introd. in ius dig. tit. de pignor. et hyp. §. 7. *Walch* contr. iur. Sect. 2. cap. 5. §. 16. ibique alleg.

die jüngere, hier eine Entscheidung machen könne.

§. 4. Dieser Gründe bediente sich hauptsächlich in einem über diese Streitfrage entstandenen Rechtsstreit der hypothekarische Gläubiger, dem eine special Hypothek in einem Garten verschrieben war, den der Schuldner an einen Dritten verkauft hatte. Allein er wurde auch zuletzt mit seiner Klage abgewiesen; und dieses mußte auch um so eher geschehen, weil theils der Schuldner noch im Stande zu bezahlen war, theils auch eben so gut, wie der dritte Besitzer der special Hypothek konnte belangt werden.

§. 5. Daß dieses Urthel auch den Rechten völlig angemessen war, werden wir am besten zeigen können, wenn wir jene oben angeführte Gründe einer kurzen Prüfung unterwerfen.

Daß die Novelle 4 nur blos von den general Hypotheken reden soll, ist völlig grundlos, und läßt sich auch aus der Novelle 112 mit nichts erweisen. Beyde Novellen reden von ganz verschiedenen Fällen, und können daher auch nicht eine aus der andern erklärt werden.

§. 6. Die Novelle 4 enthält, wie wir schon oben gesagt haben, eine Verordnung des Kaisers Justinians, nach der ein dritter Besitzer einer Hypothek nicht eher darf belangt werden, bis vorher erst der Hauptschuldner ausge-

klagt

klagt ist. Diese Novelle muß hier daher auch, da sie besonders von diesem Fall handelt, zur Entscheidung unserer Streitfrage genommen werden, falls sie nicht ausdrücklich durch jüngere Gesetze aufgehoben ist. Und daß dieses nicht geschehen, werden wir bald zeigen können.

§. 7. Die Novelle 112 redet mit keinem Wort von unserm Fall. Es wird darin nämlich nur der Satz entschieden, ob res litigiosae auch dürften veräußert werden. Nachher wird gefragt: ob eine Hypothek auch eine res litigiosa sey, und auch dürfte veräußert werden; worauf ganz recht geantwortet wird, daß eine verhypothecirte Sache keine res litigiosa sey; sie könne also auch wohl veräußert werden, wenn nur der Gläubiger mit dem Kaufschilling, in so weit seine Forderung geht, befriedigt würde. Geschähe dieses von dem Hauptschuldner nicht, heißt es ferner, so könne auch der Gläubiger — wenn nämlich vorher erst der Hauptschuldner ausgeklagt ist, wie die vierte Novelle verordnet — die verhypothecirte Sache wieder vindiciren. Er behält also immer so lange ein Recht an der verkauften Sache, bis er von seinem Schuldner völlig befriedigt ist. — Dies ist der Inhalt dieser Novelle; woraus man bald sieht, daß darin gar nicht davon geredet ist, ob einem dritten Besitzer einer special Hypothek auch das beneficium excussionis zukomme, wenn ge-

gen ihn gleich geklagt wird; sondern in derselben nur blos die Frage entschieden wird, ob eine verhypothecirte Sache auch eine res litigiosa sey, und veräußert werden könne.

§. 8. Hat also Justinian in der vierten Novelle einmal die Regel festgesetzt, daß der dritte Besitzer einer Hypothek, ohne Unterschied, ob sie eine general oder spezial Hypothek ist, nicht eher solle belangt werden, bis der Hauptschuldner ausgeklagt sey: so müssen wir auch bey dieser Verordnung so lange stehen bleiben, bis uns von der Gegenseite gezeigt wird, daß Justinian in einem neuen Gesetz ausdrücklich eine Abänderung davon gemacht habe. Dies aber kann sie so wenig darthun, daß sie vielmehr blos zu unrichtigen Erklärungen der Gesetze allein ihre Zuflucht nehmen muß.

§. 9. Wir haben hier mit den größten Rechtsgelehrten d) behauptet, daß dem Besitzer einer special Hypothek der Regel nach das

d) *Franzkius* Lib. 1. res. 12. n. 11. seqq. *Struv* ex. 26. §. 38. *Mevius* P. 8. dec. 396. n. 1. *Ritterhusius* ad Nouell. P. 3. cap. 2. n. 31 sqq. *Perez* ad Codic. tit. de pignor. n. 14. *Cocceii* et *Wernher* in not. a. cit. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 76. *Cramer* Wezlar. Nebenstund. Tom. 14. obs. 5.

das beneficium excussionis zustehe: ob aber diese Regel in keinem Fall eine Ausnahme leide, wollen wir eben nicht behaupten. Denn wäre z. B. der Hauptschuldner gar nicht im Stande zu bezahlen, oder boshafter Weise, um dem Gläubiger sein Recht zu erschweren, der Kauf geschehen, oder der Hauptschuldner in einem fremden Lande, woher man ohne große Schwierigkeiten seine Bezahlung nicht erhalten könnte, so glauben wir auch, daß alsdenn immer gleich gegen den dritten Besitzer directe könne geklagt werden.

Vier

Vier und dreyßigste Meditation.

Bey der Erbfolge der Halbgeschwister nimmt man auf die Verschiedenheit der Güter Rücksicht.

§. 1.

Wenn jemand verstirbt, und Halbgeschwister von väter= und mütterlicher Seite hinterläßt, so kann diesen zwar das Erbrecht nicht abgesprochen werden, wenn keine nähern Verwandte als sie da sind; allein es entsteht hiebey der Zweifel, wie des verstorbenen Halbbruders Güter unter ihnen getheilt werden sollen: ob sie entweder durch einander zu gleichen Theilen gehen, oder ob die Halbgeschwister von väterlicher Seite die Güter, die vom Vater gekommen, für sich allein, und die Halbgeschwister von mütterlicher Seite die Güter, die von der Mutter gekommen, auch für sich allein behalten sollen?

§. 2. Wir behaupten mit verschiedenen andern Rechtsgelehrten a), daß man hier auf die

a) *Carpzov* P. 3. const. 14. def. 1. *Struv* ex. 38. §. 35.

die Verschiedenheit der Güter allerdings Rücksicht nehmen müsse, so daß die Güter, die von der väterlichen Linie herkommen, den Halbgeschwistern von dieser Seite, und die Güter von der mütterlichen Linie den Halbgeschwistern von dieser Seite zufallen, die übrigen Güter aber des verstorbenen Halbbruders gemeinschaftlich getheilt werden. Wenn wir hier aber einen Unterschied unter den Gütern machen, so verstehen wir dieses nur von denen Gütern, die **unmittelbar** von väterlicher oder mütterlicher Seite auf den Halbbruder gekommen sind, nicht überhaupt von solchen, die von den väterlichen oder mütterlichen Seitenverwandten herrühren; denn hier fällt auch, nach unserer Meinung, aller Unterschied der Güter weg.

§. 3. Den Grund und die Richtigkeit unserer Meinung beweisen wir vornehmlich durch die Verordnung der *L. 13 §. 2. C. de legit. hered.* b), die in der Novelle 84 Kap. 2 von Justi-

§. 35. *Berlich* P. 3. concl. 29. n. 4. *Brunnemann* conſ. 112. n. 2. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 3. cap. 1. §. 22 ſeqq. *Leyſer* ſp. 423. med. 1 et 2. *Pufendorf* Tom. 2. obſ. 78.

b) — vt pater habeat vſumfructum, fratres autem vel ſorores dominium rerum relictarum; exceptis maternis rebus, in quibus ſi ex eadem matre fratres vel ſorores ſint, eos ſolos vocari oportet.

stinian nochmals bestätigt ist. Wider diese Gesetze selbst können uns zwar die Gegner c) keine gegründete Erinnerungen machen — obgleich einige sie von einem ganz andern Fall, doch ohne Grund, wollen verstanden wissen — allein sie glauben, daß diese längst durch die Novelle 118 aufgehoben seyn, weil hierin Justinian die alte Lehre von der Erbfolge ganz umgeändert, und bey der Erbfolge der Halbgeschwister keine Rücksicht auf die Verschiedenheit der Güter genommen habe d).

§. 4. Es hat zwar Justinian in der Novelle 118 die Lehre von der Erbfolge in vielen Stücken umgeändert; und in so weit dieses geschehen, müssen wir auch allein auf diese jüngere Verordnung Rücksicht nehmen, und die ältern gänzlich übergehen: allein es ist eine ganz andere Frage, wenn Justinian eine von ihm vorher gemachte Ver-

O 2

c) *Bachov* Vol. 2. disp. 16. th. 5. *Hunnius* resol. iur. ciuil. Lib. 3. tr. 1. qu. 37. *Fachineus* controu. iur. Lib. 6. cap. 5. *Voet* ad ff. tit. de success. §. 19 seqq. *Cocceii* de distinctione bonorum. *Cocceii* I. C. tit. quis ordo in poss. qu. 8. *Koch* tract. de success. ab int. class. 3.

d) Cit. Nou. cap. 3. — — His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex vno patre coniuncti sunt defuncto, siue per patrem solum, siue per matrem.

Verordnung in dieser Novelle nicht aufgehoben, noch ein andres darin festgesetzt hat, ob wir alsdenn auch die ältern Gesetze ganz außer Acht setzen, und uns nicht weiter nach ihnen richten dürfen? dies wird man doch nach den Grundsätzen unsers Rechts auf keine Weise behaupten können.

§. 5. Es wird daher jetzt darauf ankommen, zu zeigen, daß Justinian in dieser Novelle keine Aenderung hierin vorgenommen habe. Einen großen Beweis brauchen wir über diesen Satz nicht zu führen, da die Gegner selbst unserer Meinung nur blos die in der Note d) angeführten generellen Worte dieser Novelle entgegensetzen können. — Es wird in dieser Novelle überhaupt nur blos die Erbfolge selbst bestimmt, und darauf im dritten Kapitel verordnet: wenn weder Descendenten noch Ascendenten, noch leibliche Geschwister da wären, so sollten alsdenn die Halbgeschwister zur Erbfolge kommen. In wie weit sie aber hiezu kommen sollen, ob die Güter, die von der väterlichen und mütterlichen Linie auf ihren Halbbruder gekommen sind, jene die Halbgeschwister von väterlicher, und diese die von der mütterlichen Seite voraus haben sollen, davon wird nichts erwähnt; Justinian hat es also vermuthlich hierin bey der ältern Verordnung lassen wollen. Ja dieses wird dadurch noch mehr bestätigt, daß er selbst in der Novelle 84 Kap. 2 die in der *L. 13. §. 2.*

C. de legit. hered gemachte Verordnung nochmals ausdrücklich wiederholt und festgesetzt hat.

Will daher die Gegenseite unsere Meinung als falsch verwerfen, so muß sie auch vor allen Dingen erst erweisen, daß die Gesetze, worauf wir uns bezogen, durch neuere aufgehoben sind; und dieses kann sie mit Grund nicht darthun.

§. 6. Unserer Behauptung steht auch gar nicht entgegen, daß man in diesem Fall auch die Halbgeschwister mit den leiblichen Geschwistern in den Gütern, die von der väterlichen oder mütterlichen Seite herkämen, zugleich zulassen müsse: denn die Folgerung daraus ist ganz unrichtig. Hat Justinian einmal die Erbfolge in seinen Gesetzen regulirt; hat er die leiblichen Geschwister den Halbgeschwistern darin vorgesetzt: so muß es bey dieser Ordnung bleiben, wenn auch gleich in ähnlichen Fällen — wie hier doch nicht einmal ist — oft andere Verfügungen von dem Gesetzgeber sollten getroffen seyn. Die übrigen noch minder wichtigen Einwürfe gegen unsere Meinung wollen wir hier nicht weiter erwehnen, da wir unsern Satz nur blos auf ausdrückliche Verordnungen der Gesetze gestützt haben, die von der Gegenseite vor allen Dingen erst völlig müssen widerlegt werden, ehe andere, dazu falsche Argumente eine Entscheidung in diesem Fall geben können.

Fünf und dreyßigste Meditation.

Der Verpachter eines Land- (Feld) Guts hat an den eingebrachten Sachen des Pachters keine stillschweigende Hypothek.

§. 1.

Unter die verschiedenen Arten von stillschweigenden Hypotheken gehört auch diejenige, die dem Verpachter eines Land- oder Feldguts zur Sicherheit des Pachtgeldes an den Früchten des Pachters zusteht. Ohne Grund aber wollen einige Rechtsgelehrte a) diese Hypothek auch auf die eingebrachten Sachen des Pachters ausdehnen. Wir sagen mit Recht, ohne Grund; denn da stillschweigende Hypotheken blos allein durch die Gesetze eingeführt, und einem Privilegium gleich sind: so handeln wir offenbar wider die Gesetze selbst, wenn wir solche weiter, als die Gesetze wollen, ausdehnen.

§. 2.

a) *Treutler* vol. 2. disp. 1. §. 4. *Lauterbach* colleg. theor. pract. lib. 20. tit. 2. §. 104. *Hunnius* res. iur. civ. lib. 3. tr. 3. part. 5. qu. 3.

§. 2. Wir brauchen nur die Gesetze b) selbst anzusehen, worin in Absicht dieser Hypothek, die dem Verpachter zukommt, ein Unterschied zwischen Stadtgütern (praediis vrbanis) und Landgütern (praediis rusticis) gemacht, und in Ansehung der ersten dem Verpachter eine stillschweigende Hypothek auf die eingebrachten Sachen, in Ansehung der andern aber auf die Früchte gegeben wird: so werden wir mit weit besserm Grunde den uns in diesem Stück beystimmenden Rechtsgelehrten beytreten c), und uns durch die Gründe der Gegner, so anscheinend selbige auch scheinen mögen, nicht irre machen lassen.

§. 3. Es ist wahr, die Gründe, die man von der Gegenseite vorzubringen pflegt, sind

 nicht

b) L. 4 ff. in quib. cauf. pign. tac. contr. Eo iure vtimur, vt quae in praedia vrbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite conuenerit; in praediis rusticis contra obseruatur.

L. 7 ff. eod. tit. In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non conuenerit.

c) *Conanus* comm. iur. ciu. lib. 4. c. 16. n. 5. *Wesenbeck* ad ff. tit. in quib. cauf. pign. vel hyp. tac. contr. n. 2. et Hahn ad l. c. *Struv* ex. 26. §. 16. *Stryk* caut. contr. Sect. 2. c. 9. §. 7. *Müller* ad Struv. ex. 26. §. 26.

nicht wenig beträchtlich: sie gründen sich in Gesetzen; und diese scheinen so deutlich für jene Meinung zu reden, daß man leicht bewogen werden kann, derselben beyzupflichten. Für uns ist es deswegen Pflicht durch Beantwortung der gegenseitigen Gründe, nicht nur jene anscheinenden Widersprüche zu heben, sondern auch zugleich unsere Behauptung zu erweisen.

§. 4. Wir wollen daher die Gesetze d) selbst, worin die gegenseitige Meinung enthalten zu seyn scheint, der Reihe nach durchgehen, und untersuchen, ob selbige zur Entscheidung gegenwärtiger Frage etwas beytragen.

In der von uns angeführten *L. 3 ff. in quib. cauf. pign. tac. contr.* wird gesagt, daß, wenn eine Scheune (horreum) gepachtet wäre, die eingebrachten Sachen stillschweigend verpfändet zu seyn schienen e). Gehört nun, sagt man, eine Scheune mit zu einem Landgut, so muß auch daraus folgen, daß eben so wohl bey diesen, als bey Stadtgütern, dem Verpachter eine stillschweigende Hypothek auf die eingebrachten

d) L. 3 ff. in quib. cauf. pign. tac. contr. L. 7 ff. eod. tit. L. fin. C. eod. tit. L. 5. C. locat.

e) Si horreum conductum fuit, vel diuerforium, vel area, tacitam conuentionem de inuectis et illatis, etiam in his locum habere putat Neratius: quod verius eft.

ten Sachen des Pachters zustehe. Allein wir haben mehr als einen Grund zu behaupten, daß hier unter dem Wort horreum nicht ein praedium rusticum, sondern vrbanum müsse verstanden werden. Wir können dies theils aus andern Gesetzen, theils aus dem angeführten Gesetz selbst schließen. Wir finden nämlich in den Gesetzen f) verschiedene Stellen, wo das Wort horreum auch in der Bedeutung eines praedii vrbani genommen wird, und wir haben Ursache zu behaupten, daß auch Ulpian in den angeführten Worten eben die Bedeutung damit verbunden habe. Er redet nämlich nicht blos von einer Scheune, sondern noch von einem Wirthshaus (diuersorium) und einer Tenne (area); er verbindet daher diese drey Arten von Gebäuden mit einander, und so muß er auch nothwendig einerley Begriff dabey gehabt haben.

§. 5. Wir haben schon oben die *L.* 7 *ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* zum Beweis für unsere Meinung angeführt; man will aber auch aus dem ersten §. dieses Gesetzes einen Grund für die gegenseitige Meinung hernehmen. Die Worte dieses Paragraphs sind folgende: *videndum est, ne omnia illata, vel inducta; sed ea sola, quae, vt ibi sint, illata fuerint, pignori sint.*

 Und

f) L. 3. §. 2 ff. de off. praes. vig. L. 21. §. 6 ff. de furt. L. 74 ff. de contr. emt. vend. L. 55 ff. locat.

Und da in dem Anfange dieses Gesetzes von Landgütern geredet wird, so glaubt man, daß dieser §graph aus jenen Anfangsworten erklärt werden müsse. Allein wem ist denn auch wohl unbekannt, daß nicht selten in einem und eben dem Gesetz von zwey ganz verschiedenen Fällen geredet werde? und daß solches auch hier geschehen, behaupten wir daher, weil es sonst überflüßig gewesen seyn würde, falls der Jurist Pomponius die Früchte und eingebrachten Sachen mit einander verbinden, und dem Verpachter eines Landguts auf beyde eine stillschweigende Hypothek hätte geben wollen, zuerst von den Früchten, und hernach von den eingebrachten Sachen zu reden. Wäre das seine Absicht gewesen, so würde er gewiß nicht blos der Früchte Erwähnung gethan haben.

§. 6. Und so wird man endlich auch leicht die noch beyden übrigen Gesetze verstehen können. Redet zwar die *L. fin. C. in quib. cauf. pign.* ganz generel, und legt dieselbe dem Pachter eine stillschweigende Hypothek auf die eingebrachten Sachen bey: so müssen wir doch dieses Gesetz aus andern erklären, und jene allgemeine Ausdrücke darnach einschränken. Eben so gut läßt sich auch die *L. 5. C. loc.* g) erklären,

g) Certi iuris eſt, ea quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris

ren, woraus die Gegenseite ihren stärksten Grund hernimmt. Es ist zwar wahr, daß in diesem Gesetz gesagt wird, daß die auf ein Landgut eingebrachte Sachen dem Verpachter stillschweigend verpfändet wären; allein nicht anders, als wenn solches mit Willen und Wissen des Verpachters geschähe. Dieser Wille ist hier so wie in andern Stellen h) wie ein Vertrag anzusehen, und muß also dieses Gesetz so verstanden werden, daß eingebrachte Sachen bey Verpachtung der Landgüter nicht anders stillschweigend verpfändet sind, als wenn solches unter beyden Contrahenten ausgemacht worden.

§. 7. Wir glauben dadurch schon unsere Meinung hinlänglich genug bewiesen zu haben. Wir haben schon anfangs gezeigt, daß in der Materie von stillschweigender Hypothek überhaupt keine Erweiterung gemacht, sondern selbige nur auf die in den Gesetzen selbst festgesetzten Fälle eingeschränkt werden müsse.

Wir haben endlich durch die angeführten Gesetze gezeigt, daß die gegenseitige Meinung in der That nicht gegründet sey: denn so würden ja aus-

ris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis, vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris iure tenentur.

h) L. 5. §. 1 ff. in quib. caus. pign. tac. contr.

ausdrücklich in dem in der Note b) angezogenen Gesetz praedia vrbana und rustica einander entgegen gesetzt, und von letztern ausdrücklich behauptet, daß die stillschweigende Hypothek sich keineswegs auf die eingebrachten Sachen des Pachters erstrecke: dies Gesetz ist so klar, daß man gewiß nichts gegründetes dagegen wird einwenden können.

Sechs

Sechs und dreyßigste Meditation.

Die Frau kann von ihrem verschuldeten Ehemanne auch alsdenn ihren eingebrachten Brautschatz wieder zurückfordern, wenn sie gleich bey ihrer Verheirathung dessen verschuldeten Zustand gewußt hat.

§. 1.

Der Regel nach können Frauenspersonen ihren Brautschatz von ihren Ehemännern während der Ehe nicht wieder zurückfordern: nur alsdenn machen die Gesetze von dieser Regel eine Ausnahme, wenn der Mann anfängt, seine Güter durchzubringen, so daß die Frau befürchten muß, ihren Brautschatz zu verlieren a).

§. 2. Kommt aber auch dieses Recht solchen Frauenspersonen zu, die wissentlich einen verschuldeten Mann heirathen? Sol-

a) L. 24 ff. sol. matr. dos quemadm. pet. L. 29 C. de iur. dot.

Sollen wir dem größten Theil der Rechtsgelehrten b) glauben, so würde die Verantwortung jener Frage verneinend ausfallen müssen. Denn einer Frau, die wissentlich und vorsetzlich einen verschuldeten Mann heirathet, scheinet man in der That kein Unrecht zu thun, wenn man ihr jenes Recht abspricht. Sie hat sich allen Schaden selbst beyzumessen, und kann sich im Grunde über nichts beschweren, da sie allein die Urheberin von allen den übeln Folgen ist, die aus einer solchen Verheirathung entstehen.

§. 3. Wir werden unten noch besser Gelegenheit haben, die Gründe kennen zu lernen, wodurch viele bewogen worden, der verneinenden Entscheidung dieser Frage beyzutreten. Allein bey näherer Entwickelung und Erörterung dieser an sich streitigen Rechtsfrage hoffen wir doch entscheidend darthun zu können, daß man aus keinem einzigen Rechtsgrunde der Frau das Recht, ihren Brautschatz von ihrem verschuldeten Ehemann, dessen Zustand sie bey ihrer Verheirathung wohl gewußt, zurückzufordern, streitig machen könne.

§. 4. Wir brauchen uns hier nicht auf die vielen und besondern Vorzüge, welche die Rechte

b) *Gail* lib. 2. obf. 84. *Carpzov* part. 1. conft. 28. def. 84. *Mevius* discuff. leu. inop. deb. cap. 6. n. 160. *Struv* ex. 30. §. 56.

Rechte den Frauenspersonen in Absicht ihres Brautschatzes beylegen, zu berufen; nein, es mag genug für uns seyn, nur die allgemeine gesetzliche Verordnung anzuführen, die den Frauen erlaubt, ihren Brautschatz, im Fall der Mann ein Verschwender wird, wieder zurückzufordern. Die Gesetze, worin diese Verordnung enthalten ist, reden ganz generell, sie machen hier nicht den geringsten Unterschied c): und aus was für einem Grunde sollen wir denn eine Ausnahme davon machen?

§. 5. Freylich könnte man dagegen anführen, daß der Grund jener Gesetze nur blos in der unvorhergesehenen und unvermutheten Armuth des Ehemannes beruhe d); dieser Grund aber bey solchen Frauenspersonen, die wissentlich einen verarmten Mann heyrathen, wegfiele, ja selbst eine solche Frau dadurch, daß sie sich mit einem solchen Mann verbände, in alle Gefahr zu willigen schiene.

Allein

c) L. 24. pr. ff. sol. matr. Si constante matrimonio, propter inopiam mariti, mulier agere volet, vnde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo euidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.

d) L. 41. §. 3 ff. de iur. dot.

Allein daß dies blos der Grund sey, warum die Zurückforderung des Brautschatzes während der Ehe statt finde, ist offenbar wider die Gesetze geredet, wie wir in der Folge zeigen werden. Selbst das angeführte Gesetz sagt solches nicht, da in solchem von der constitutio dotis, nicht aber von der Zurückforderung derselben geredet wird. Und so kann man auch nicht behaupten, daß durch Eingehung einer solchen Ehe die Frau in alle Gefahr zu willigen scheine: denn wer wird wohl glauben können, daß eine Frau in der Absicht die Ehe geschlossen habe, daß sie der Zurückforderung des Brautschatzes habe entsagen wollen?

§. 6. Wir brauchen uns aber nicht so umständlich mit der Widerlegung jener Gründe abzugeben, wenn wir nur auf den wahren Grund zurückgehen wollen, weswegen den Frauen die Zurückforderung ihres Brautschatzes in dem Fall verstattet werde, wenn der Mann das Seinige zu verschwenden anfängt, und dabey zeigen, daß auch solcher im gegenwärtigen Fall eintrete. Um diesen Grund zu finden, dürfen wir nur die Gesetze ansehen, die es als ein Stück der allgemeinen Wohlfahrt betrachten, daß Frauenspersonen in Absicht ihres Brautschatzes hinlänglich gesichert sind e). Dieser muß auch solche Frauens-

per-

e) L. 2 ff. de iur. dot. Reipublicae interest, mulieres dotes saluas habere, propter quas nube-

re

personen treffen, die wissentlich einen armen Mann heirathen: denn der Schade, der für den Staat daraus entspringen würde, wenn man ihnen dieses Recht absprechen wollte, ist gewiß gleich stark.

§. 7. Ja was noch das meiste ist, können selbst Frauenspersonen in Absicht ihres Brautschatzes nicht einmal solche Verträge eingehen, die ihnen schädlich seyn können f), wie viel weniger können wir solches denn einem stillschweigenden Vertrage beylegen! Dies müssen uns selbst die Gegner zugeben; allein sie glauben doch, daß hier auch, so wie in andern Fällen, ein stillschweigender Vertrag von größerer Wirkung als ein ausdrücklicher sey, besonders da hier durch einen solchen stillschweigenden Vertrag die erste Regel, daß nemlich der Brautschatz nicht könne zurückgefordert werden, wieder hergestellet würde g). Allein so falsch es ist, daß durch Eingehung einer solchen Ehe, wie wir schon gesagt haben, sich die Frau stillschweigend ihres Rechts sollte begeben haben, da überhaupt bey solchen Sachen,

re possunt. Eben so redet auch die L. 1 ff. sol. matr.

f) L. 17 ff. de pact. dot. — — Quod ad diem reddendae dotis attinet, pacto existimo meliorem conditionem mulieris fieri posse, *deteriorem non posse* —

g) L. 27. §. 2 ff. de pact.

Sachen, woraus einem Schaden zuwachsen kann, stillschweigende Verträge von weniger Wirkung als ausdrückliche sind, besonders wenn in den Gesetzen für die Frauenspersonen in diesem Stück genung gesorgt ist, daß sie nämlich durch die Verschwendung ihres Mannes keinen Schaden leiden 'sollen: eben so unrichtig wird auch die *L. 27 ff. §. 2. de pact.* auf diesen Fall gezogen. Wir brauchen, um das zu zeigen, nur die Worte des Gesetzes selbst hersetzen: quod et in specie dotis actionis procedere potest: puta pactam mulierem, *vt praesenti die dos redderetur;* deinde pacisci: *vt tempore ei legibus dato dos reddatur*, incipiet dos redire ad ius suum, nec dicendum est, deteriorem conditionem dotis fieri per pactum.

Wer siehet nicht, daß dieses Gesetz von der Zurückgabe des Brautschatzes nach dem Tode des Mannes rede? Ja selbst in den letzten Worten wird noch ausdrücklich gesagt, daß man einen solchen Vertrag, als von dem das Gesetz redet, gelten lassen könne, weil dadurch die Frau keinen Schaden litte.

§. 8. So wenig reden die Gesetze selbst für die gegenseitige Meinung; allein um nichts den Gegnern schuldig zu bleiben, wollen wir noch ein Paar Gründe anführen, welcher sie sich zum Beweis ihrer Meinung zu bedienen pflegen. Den ersten Grund nehmen sie von einem solchen her, der wissentlich einen nicht sichern

Bür=

Bürgen annimmt: denn dieser verliert in der Folge das Recht einen andern Bürgen zu verlangen h).

Den zweyten Grund nehmen sie von einer Frauensperson her, die wissentlich einen Ketzer heirathet, und die deswegen ihres Brautschatzes für verlustig erkannt wird i).

§. 9. Allein auch diese Gründe stehen unserer Meinung im geringsten nicht im Wege. Denn der erste ist von unserm Fall sehr weit verschieden, weil das, was bey Bürgschaften Rechtens ist, nicht gleich bey dem Brautschatz Rechtens wird; und der zweyte Grund kann uns auch nicht treffen: denn da liegt ein Verbrechen zum Grunde, weswegen die Frau des Brautschatzes beraubt wird, hier aber begeht die Frau kein Verbrechen, wenn sie wissentlich einen armen Mann heirathet. Es würde nicht schwer fallen, noch mehr zur Bestätigung unserer Meinung anzuführen; wir glauben aber, daß das, was wir gesagt haben, schon hinlänglich seyn wird, und verweisen den, der über die Sache noch mehr zu wissen verlangt, auf die unsrer Meinung beypflichtenden Rechtsgelehrten k).

h) L. 3. §. 3 ff. dot. in poss. leg.
i) L. 16 C. de episc. aud. Cap. 14. de haeret. in 6.
k) *Stryk* V. M. tit. solut. matr. dos quemadm. pet. §. 13.

Sieben und dreyßigste Meditation.

Die Erben des Pupillen haben auf die Güter des Vormunds eine stillschweigende Hypothek.

§. 1.

Zur Sicherheit der Pupillen geben die Gesetze ihnen eine stillschweigende Hypothek auf die Güter ihres Vormundes, welche Hypothek aber nicht blos auf die Personen der Pupillen eingeschränkt ist, sondern auch auf ihre Erben geht a). Wir wissen zwar wohl, daß verschiedene Rechtsgelehrte b) uns diese Behauptung streitig machen, und jene Hypothek den Erben

§. 13. *Brunnemann* de proc. conc. cred. cap. 5. §. 30. *Walch* contr. iur. Sect. 1. cap. 2. membr. 1. §. 22. *Hildebrand* de dote repetenda constante matrimonio.

a) *Carpzov* part. 2. const. 24. def. 13. n. 1. *Mevius* part. 8. dec. 393. *Brunnemann* ad L. 20. C. de adm. tut. *Struv* ex. 26. §. 15. *Berger* elect. disc. for. tit. 45. obs. 1. not. 2. et in resol. leg. obst. tit. in quib. causs. pign. vel hyp. tac. contr. qu. 1.

b) *Carpzov* l. c. def. 12. n. 9. *Cober* dec. germ.

Erben des Pupillen absprechen; wir glauben aber dennoch Gründe genug zu haben, um unsre Meinung gegen alle gegenseitigen Angriffe vertheidigen zu können.

§. 2. Der Begriff eines Pfandrechts als eines dinglichen Rechts lehrt uns schon, daß selbiges nicht blos auf die Person eingeschränkt werde, sondern auf den Gütern hafte c), und daß die Wirkung desselben darin bestehe, daß solches auch auf Erben gehe. Auch eben dies können wir von der Hypothek, die dem Pupillen auf die Güter des Vormunds zusteht, behaupten. Die Gesetze d) sagen es deutlich, daß die Güter des Vormunds dem Pupillen stillschweigend verhaftet wären; und da sie in Absicht der Erben keine Ausnahme machen, so können wir auch sicher bey der allgemeinen Regel bleiben, nach welcher jedes dingliche Recht auch auf Erben geht.

§. 3. Selbst in ähnlichen Fällen urtheilen die Gesetze nicht anders: denn sie wollen, z. B. daß die:

germ. part. 2. dec. 274. *Richter* de priuil. cred. cap. 4. sect. 1. n. 27. *Coccenii* I. C. tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr. qu. 2. *Mencke* syst. iur. ciu. Lib. 20. tit. 2. §. 1.

c) §. 4. I. quib. mod. re contr. obl.

d) L. 20. C. de adm. tut. Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores

diejenige Hypothek, welche der Frau in Absicht ihres Brautschatzes zusteht, auch auf deren Erben gehen solle e). Hiervon können wir nun um so viel mehr einen Schluß auf gegenwärtigen Fall machen, da die Gesetze die Rechte, welche die Frau in Absicht des Brautschatzes auf die Güter des Ehemannes hat, mit den Rechten, die dem Pupillen auf die Güter seines Vormundes zukommen, mit einander vergleichen, und beyden einerley Rechte beylegen f).

§. 4. Die wider diese für unsere Meinung vorgetragenen Gründe von der Gegenseite gemachte Zweifel hier anzuführen, würde überflüßig seyn: wir werden selbige, wenn wir die gegenseitigen Gründe selbst anzeigen, kennen lernen. Sie berufen sich hauptsächlich auf zwey Gesetze g), in welchen gesagt wird, daß das dem Pupillen zustehende Privilegium nicht auf ihre Erben gehe. Nicht blos um mehrer Deutlichkeit willen, als auch um die Einwürfe

nores sibimet. vindicare minime prohibentur. Nou. 118. cap. 5 in fin.

e) §. 29. I. de act. *Carpzov* part. 1. const. 28 def. 99.

f) L. vn. §. 1 C. de rei vx. act. Et vt plenius dotibus subueniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis iuris articulis, tacitas hypothecas inesse accipimus —

g) L. 42 ff. de adm. tut. L. 19. §. 8 ff. de reb. auct. iud. poss.

würfe selbst desto besser beurtheilen zu können, wollen wir die Worte des Gesetzes selbst einrücken.

§. 5. Die *L. 42 ff. de adm. tut.* enthält folgendes: Ex pluribus tutoribus in solidum vnum tutorem iudex condemnauit; in rem suam iudicatus procurator datus priuilegium pupilli non habebit, *quod nec heredi pupilli datur;* non enim causae, sed personae succurritur, quod meruit praecipuum fauorem.

Fast eben so redet die *L. 19. §. 1 ff. de reb. auct. iud. poss.* — Ipse autem pupillus habet priuilegium, *sed eius successores non habent.*

So sehr diese Gesetze die gegenseitige Meinung zu begünstigen, unserer aber entgegen zu seyn scheinen: so wenig widerstreiten sie doch unserer Behauptung.

§. 6. Die Gesetze geben nicht nur dem Pupillen eine stillschweigende Hypothek auf die Güter des Vormundes, sondern sie verbinden auch noch überdem damit ein persönliches Vorzugsrecht, nach welchem der Pupill allen andern Gläubigern vorgesetzt wird. Dieses Vorzugsrecht ist eine Art eines Privilegiums und als ein persönliches Recht anzusehen, welches daher auch nicht auf Erben gehen kann. Hiervon reden auch nur die beyden angeführten Gesetze, wie deren Inhalt klar zu erkennen giebt; nicht aber von dem Pfandrecht, jenes sprechen sie den Er-

ben ab, nicht dieses; und so lassen sich diese Gesetze sehr gut mit unserer Meinung reimen, da wir gleichfalls behaupten, daß die Erben des Pupillen eine stillschweigende Hypothek auf die Güter des Vormundes, keinesweges aber ein Vorzugsrecht haben.

Acht und dreyßigste Meditation.

Ein zum Vormund bestellter Gläubiger des Pupillen verliert seine Schuldforderung nicht, wenn sie allgemein bekannt gewesen ist, und er sie bey Uebernahme der Vormundschaft nicht angegeben hat.

§. 1.

Nach der neuern Verordnung unsers römischen Rechts a) soll ein solcher, der an einem Pupillen etwas zu fordern hat, oder dem er schuldig ist, nicht zu dessen Vormund bestellt werden, und in dem Fall, daß jemand seine Forderung oder Schuld bey Uebernahme der Vormund-

a) Nov. 72. cap. 1. 2. 3.

mundschaft verschweiget, soll er seiner Forderung gänzlich verlustig seyn b). Der Grund dieser Verordnung beruhet hauptsächlich darin, damit der Vormund nicht so leicht Gelegenheit zu Unterschleifen habe, und sich mit dem Schaden seines Pupillen etwas bereichere; überhaupt aber, daß des Pupillen Güter so viel möglich einer sichern Hand anvertrauet werden.

§. 2. Ob diese Verordnung des Kaiser Justinians auch auf den Fall gehe, wenn die Obrigkeit einen solchen zum Vormund bestellt hat, davon sie gewußt, daß er an dem Pupillen Forderungen habe, und der Vormund diese bey Annehmung der Vormundschaft nicht ausdrücklich angegeben hat, darüber sind nicht alle Rechtsgelehrte einig. Verschiedene c) sind der Meinung, daß auch in diesem Fall der Vormund seiner Forderungen verlustig würde; andere aber behaupten hievon das Gegentheil d).

Wie wenig die erstere Meinung aber den Gesetzen angemessen sey, werden wir nicht besser zeigen können, als wenn wir vorher erst die dies-

b) Cit. Nou. cap. 4. et Auth. *minoris* C. qui dare tutor. vel curat. poss.

c) *Berlich* P. 2. dec. 70. *Finkelthaus* obs. 28. n. 15. *Lauterbach* compend. pand. tit. de tutel. pag. 460.

d) *Carpzov* Lib. 5. resp. 89. et P. 2. const. 11. def.

seitigen Gründe anführen, und demnächst die gegenseitigen einer kurzen Prüfung überlassen.

§. 3. Unsere Gesetze wollen, daß derjenige, der bey Uebernehmung der Vormundschaft seine Forderungen die er an den Pupillen hat, nicht angiebt, solcher verlustig seyn soll. Diese Verordnung ist auch in allem Betracht sehr billig und gerecht. Allein wenn nun der Vormund seine Forderungen angiebt, und die Obrigkeit bestellt ihn dem ohngeachtet zum Vormund, soll er alsdenn auch dieser verlustig seyn? Wollten wir auch hierauf dieses Gesetz ausdehnen, so würde solches nicht nur unbillig werden, sondern wir würden auch offenbar gegen den Grund dieses Gesetzes anstossen: denn hier fällt alle Besorglichkeit wegen Unterschleif und dergleichen völlig weg. Wenden wir dieses auf den angenommenen Fall an, so ergiebt sich schon von selbst, daß die Verordnung dieses Gesetzes auch hier keine Anwendung finden könne.

§. 4. Wir setzen nämlich zum voraus, daß es der Obrigkeit bekannt gewesen ist, daß der Vormund an den Pupillen Forderungen gehabt habe. In diesem Fall hätte also die Obrigkeit nach den Gesetzen den Vormund eigentlich nicht gut annehmen dürfen, da es ihre Pflicht ist, im=

def. 19. *Coccei* I. C. tit. de tutel. qu. 5. *Walch* introd. in controu. Sect. 1. Cap. 2. membr. 3. §. 8. ibique all.

immer so viel als möglich auf des Pupillen Beste zu sehen. Hat sie ihm diesem ohngeachtet aber angenommen: so muß sie auch versichert gewesen seyn, daß dem Pupillen hieraus kein Schade und Nachtheil zuwachse; wenigstens muß man dieses von der Obrigkeit immer vermuthen. Hat nun also der Vormund gleich seine Forderung nicht ausdrücklich angegeben, und die Obrigkeit hat ihn, da sie diese gewußt, doch angenommen, so hat er davon weiter keine Verantwortung, sondern diese trift allein die Obrigkeit.

§. 5. Unser Satz wird dadurch noch mehr begründet, wenn wir hier mit den meisten Rechtsgelehrten annehmen, daß es einem Vater erlaubt ist, seinem Sohne einen Vormund zu geben, der Forderungen an ihn hat, und daß der Vormund nicht seine Forderungen deswegen verliert, wenn er gleich dieselben nicht ausdrücklich angegeben hat. Haben dieses die Gesetze einem Vater erlaubt, und den Vormund nicht seiner Forderung verlustig erklärt: wie viel weniger ist es zu vermuthen, daß in dem Fall, wenn die Obrigkeit einen solchen Vormund setzt, sie dieses sollten gethan haben; blos deswegen, weil er seine Forderung nicht nochmals angegeben, die doch schon bekannt war. Zudem ist der Verlust der Forderung zur Strafe der hinterlistigen und betrügerischen Vormünder, wie aus dem Inhalt der Novelle leicht abzusehen ist, festgesetzt.

Die:

Dieses fällt hier aber ganz weg. Denn hat die Obrigkeit die Forderung des Vormundes gewußt, so kann man von ihm auch nicht sagen, daß er um deswillen seine Forderung nicht angegeben habe, damit er desto leichter zur Vormundschaft gelange. Er erhält dadurch nicht den geringsten Vortheil. — Mit einem Vormund, dessen Forderung der Obrigkeit vorher nicht bekannt war, verhält es sich aber ganz anders; denn dieser kann sich oft zur Vormundschaft einschleichen, weil er seine Forderung nicht vorher bekannt gemacht hat. Unter beyden ist daher ein großer Unterschied, und nach diesem können wir also unmöglich in so verschiedenen Fällen ein und eben dieselbe Strafe annehmen.

§. 6. Wir wollen hier die diesseitigen Gründe, die zum Beweis unserer Meinung in Vergleichung mit den gegenseitigen Gründen hinlänglich seyn werden, nicht weiter ausführen, sondern wir wollen jezt noch die Gründe der gegenseitigen Meinung einer kurzen Beurtheilung überlassen. Die Gegner gründen sich hauptsächlich in der Glosse der *Auth. minoris C qui dare tutor, vel curat poss.* die folgendes enthält: *Creditor si eius creditum sciatur, reiicitur a tutela, vel admissus debitum perdit.* Allein ehe wir nöthig haben, uns mit der Erklärung dieser Glosse abzugeben, müssen die Gegner vor allen Dingen erst beweisen, daß die Glossen überhaupt eine gesetzliche Kraft haben, und selbst dann noch

den gesetzlichen Verordnungen vorgehen, wenn diese aus der Ratio der Gesetze deutlich können erwiesen werden. Beydes aber werden sie mit Grunde nicht behaupten können. Es fehlt also sehr viel, um aus dieser Glosse den Grund der gegenseitigen Meinung zu erweisen. Aber auch selbst der Sinn dieser Glosse ist nicht so deutlich, daß nicht noch eine andere Erklärung hier statt finden sollte. Denn die Worte *admissus debitum pertit* können auch so verstanden werden, wenn es nicht vorher bekannt gewesen ist, daß der Vormund ein Gläubiger des Pupillen gewesen, und er es verschwiegen hat, so verliert er seine Forderung. Diese Erklärung stimmt auch mit den Gesetzen vollkommen überein, weil die Obrigkeit, falls die Forderung des Vormundes vorher bekannt gewesen, der Regel nach nicht gut einen solchen Vormund annehmen kann. Wir sehen also, daß diese Glosse hier allein keine richtige Entscheidung in dieser streitigen Materie abgeben kann.

§. 7. Eben so wenig ist es auch wahr und richtig, wenn die Gegner sagen, die Strafe, daß der Gläubiger seine Forderung verliere, beruhe darin, weil er seine Forderung verschwiegen und nicht angezeigt hätte, und daher hinterlistig handle. Allein ein Vormund handelt denn nur hinterlistig, wenn er seine Forderung an den Pupillen, die der Obrigkeit unbekannt ist, nicht angezeigt hat, damit er alsdenn desto eher

zur

zur Vormundschaft komme. Dieses fällt aber hier weg, wenn die Obrigkeit die Forderung des Vormundes gewußt hat. Er kann hier keine böse Absicht gehabt haben: denn weiß die Obrigkeit diesen Umstand, und sie nimmt ihn an, so hat er keinen Verdacht weiter wider sich. Der Obrigkeit liegt die erste Pflicht ob, für das Beste des Pupillen zu sorgen. Kann diese es verantworten, daß sie einen solchen zum Vormund bestellt, und hält sie ihn für fähig dazu, so braucht er auch nicht weiter zu untersuchen, in wie weit sie hierin nach den Gesetzen handle. Er würde also ungerechter Weise leiden, wenn er durch das Factum der Obrigkeit, der doch die Gesetze vor allen andern bekannt seyn müssen, seiner Forderung sollte für verlustig erklärt werden.

Neun und dreyßigste Meditation.

Ein auf einem Lehnsgut gefundener Schatz gehört halb dem Finder, und halb dem Lehnsherrn.

§. 1.

Ein Vasall hat bekanntlich das Recht, aus seinem Lehn alle mögliche Nutzungen zu ziehen, und sich eigen zu machen. Er schließt hierin selbst den Lehnsherrn aus, der weiter nichts als ein bloßes Obereigenthumsrecht (dominium directum) an dem Lehn behält. Aus diesem Grunde haben auch verschiedene Rechtsgelehrte a) hauptsächlich behaupten wollen, daß dem Lehnsherrn an dem auf seinem Lehngut gefundenen Schatz gar kein Recht zustehe, sondern daß dieser dem Vasall ganz zugehöre, wenn er ihn selbst gefunden; im Fall ihn aber ein anderer gefunden,

a) *Rosenthal* de feudis cap. 5. concl. 93. *Carpzov* P. 2. const. 53. def. 6. n. 8. *Lauterbach* comp. ff. tit. de acquir. rer. dom. pag. 563. *Struv* synt. iur. feud. cap. 12. §. 5. pag. 431. *Berger* oecon. iur. Lib. 2. tit. 2. §. 13. n. 2. *Klock* de aerario Lib. 2. cap. 116. n. 17. 18.

funden, dem Vasallen doch die Hälfte des Schatzes eigenthümlich zukomme. Eben dieses behaupten sie auch, wenn auf einem Erbzinsgute ein Schatz gefunden ist.

§. 2. Allein wir haben mehr als einen Grund, warum wir hier der Meinung derer Rechtsgelehrten b) beypflichten, die den auf einen Lehn- oder Erbzinsgut gefundenen Schatz dem Lehns- und Erbzinsherrn ganz, wenn er ihn selbst gefunden, und wenn er von einem andern gefunden worden, die Hälfte davon zuschreiben. Denn wenn es gleich richtig ist, daß ein Vasall alle mögliche Nutzungen aus dem Lehnsgute zieht und sich eigen macht: so folgt doch nicht daraus, daß ein gefundener Schatz ihm deswegen zugehöre.

Verborgene Schätze gehören so wenig zu den Nutzungen und Früchten einer Sache c) und haben auch so wenig Gemeinschaft mit ihr d), daß sie vielmehr als ein ganz abgesondertes Stück von ihr müssen angesehen werden. Der

b) *de Puteo* tract. de feud. cap. 83. n. 10. *Hunnius* resol. iur. ciu. Lib. 2. tr. 1. qu. 37. *Harprecht* ad I. tit. de rer. diu. §. 39. n. 21 seqq. ibiq. all. *Coccei* I. C. tit. de acq. rer. dom. qu. 4.

c) L. 7. §. 12 ff. sol. matr. dos quemadm. pet. — non magis, quam si thesaurus fuerit inuentus; *in fructum enim non computabitur.*

d) L. 3. §. 3 ff. de acq. vel amitt. poss.

der Eigenthümer hat sie deswegen nur so verborgen niedergelegt, damit er sie sicher aufbewahren könne, nicht daß sie als ein Annexum der Sache selbst sollen angesehen werden. Man kann also auch einen verborgenen Schatz auf keine Weise zu den Früchten und Nutzungen einer Sache zählen.

§. 3. Nachdem wir dieses vorausgeschickt, wird es darauf ankommen, wem die Gesetze einen gefundenen Schatz zuschreiben. Ehe wir aber die Verordnungen der Gesetze selbst ansehen, müssen wir hier nur noch erinnern, daß man mit dem Schatze gleich den Begriff verbinden müsse, daß der Eigenthümer desselben gar nicht mehr bekannt sey, sonst hört es auf ein Schatz zu seyn; und der Eigenthümer nimmt die gefundene Sache als die seinige zurück, ohne daß ein anderer ein Recht daran verlangen könnte e).

§. 4. Unsere Gesetze haben in verschiedenen Stellen f) verordnet, daß ein gefundener Schatz halb dem Finder, und halb dem Herrn und Eigenthümer des Guts, worauf er gefunden wird,

e) L. 67 ff. de rei vind.

f) L. 63 ff. de acq. rer. dom. §. 39 I. de rer. diuis. — — At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitu, inuenerit: *dimidium domino soli concessit, et dimidium inuentori.*

wird, zugehören soll. Nach dieser Verordnung also können wir nicht anders urtheilen, als das ein auf einem Lehn gefundener Schatz eben so wohl dem Eigenthümer desselben diese Hälfte zustehe, wenn ein anderer den Schatz entdeckt hat. Ist daher der Lehnsherr wirklicher Herr und Eigenthümer des Lehns, so bleibt auch wohl kein Zweifel übrig, warum man ihm den Schatz nicht zuerkennen sollte. Die Gesetze haben in ähnlichen Fällen — wenn nämlich derjenige, der den Niesbrauch einer Sache hat, einen Schatz darauf findet, so erhält er als Finder die Hälfte, und der Eigenthümer die andere Hälfte — eben so geurtheilt g).

§. 5. Man pflegt zwar hiewider einzuwenden, daß der Vasall ein weit größer Recht als der Usufructuarius hätte, und daher beyde nicht völlig einander könnten gleichgesetzt werden; allein wenn dieses gleich ist, so hat der Vasall doch noch lange nicht die Rechte, welche einem wahren Herrn und Eigenthümer einer Sache zustehen; und diesem allein gehört doch nur ein auf ihrem Boden gefundener Schatz. Er hat nur blos in Ansehung der Nutzungen des Lehnguts ein dominium vtile daran, nicht aber in Ansehung des Eigenthums selbst. Aus jenem aber kann er sich den Schatz nicht zueignen, da er, wie wir oben gezeigt, nicht mit unter den Früchten begriffen ist.

§. 6.

g) L. 7. §. 12 ff. sol. matr. dos quemadm. pet.

§. 6. Wenn wir auf dasjenige, was wir bereits oben im 2ten §. gesagt, nochmals verweisen, und hier voraussetzen, so können wir auch nur blos die übrigen Gründe der Gegner hier schlechtweg anführen, und sie werden sich von selbst schon aus dem vorigen widerlegen. Denn ist es nach den Gesetzen ausgemacht, daß ein Schatz nicht unter die Nutzungen und Früchte einer Sache gehört: so schaden uns auch die Einwürfe nicht, daß der Vasall alles aus dem Lehn acquirire, was es hervorbringe; daß der Lehnsherr sich gar kein Recht auf die Früchte des Guts vorbehalten hätte, also auch nicht einen Schatz davon acquiriren könne; daß endlich der Vasall, da er allen Schaden tragen müsse, auch allen Vortheil daraus ziehen könne. — Wir sehen hieraus, auf wie schwachen Gründen die gegenseitige Meinung ruhet, und wie sie alles allein aus den Nutzungen und Früchten, die dem Vasallen an dem Lehnsgut zustehen, herleitet. Setzen wir aber nur das einzige fest, daß ein gefundener Schatz so wenig unter die Früchte als unter irgend einige Nutzungen des Guts gehöre, sondern vielmehr blos für sich allein als abgesondert betrachtet werden muß, so werden wir auch leicht zugeben müssen, daß nur allein der wahre Eigenthümer des Guts, worauf ein Schatz gefunden worden, sich denselben mit Recht anmassen könne.

Vierzigste Meditation.

Wenn einer wegen feindlicher Ueberfälle in verschiedenen Jahren das Erbzinsgut so wenig benutzen als bewohnen kan, so kan ihm deswegen die Emphyteusis nicht genommen werden, wenn er nicht in der gesetzlichen Zeit den Canon bezahlt.

§. 1.

Es ist bekannt, daß dem Erbzinsherrn das Recht zusteht, seinem Erbzinsmann die Emphyteusis zu nehmen, wenn dieser den Canon in einer gewissen, von den Gesetzen festgesetzten Zeit nicht bezahlt hat, auch nicht bezahlen will. Es entsteht hiebey aber der Zweifel, ob ihm dieses Recht auch alsdenn zustehe, wenn der Erbzinsmann wegen feindlicher Ueberfälle, z. B. wenn das Gut entweder zu Festungswerken oder zu anderm Gebrauch vom Feinde eingenommen ist, seine Länderey die Jahre her gar nicht hat benutzen können.

§. 2. Ehe wir aber diese Frage hier weiter untersuchen, wird es nöthig seyn, vorher erst festzusetzen, ob unter jenen Umständen überhaupt auch der Erbzinsmann schuldig sey, den Canon

Canon zu entrichten? Haben wir hierin erst eine gewisse Entscheidung getroffen, so wird die Richtigkeit unserer Behauptung, — daß nämlich der Erbzinsmann in jenem Fall des Erbzinsguts nicht verlustig wird, wenn er den Canon in der gesetzlich bestimmten Zeit nicht bezahlt hat — sich daraus auch schon von selbst ergeben.

§. 3. Die Zweifelsgründe, welche man unserer Meinung entgegensetzen könnte, sind ungefähr folgende: Der Canon wird, wie bekannt, blos zur Anerkennung des Obereigenthumsrechts, nicht aber für den Gebrauch und die Benutzung des Erbzinsguts entrichtet. Es muß also auch der Erbzinsmann den Canon entrichten, wenn er gleich gar keine Nutzungen von seinem Gute ziehen kann. Dieser Satz wird dadurch noch mehr bestätigt, wenn wir hier noch voraussetzen, daß selbst wegen Miswachs und dergleichen der Erbzinsmann niemals einen Nachlaß von dem Obereigenthumsherrn verlangen kann, sondern dem ohngeachtet beständig seinen Canon entrichten muß.

§. 4. Wir müssen diese beyde Zweifelsgründe völlig eingestehen, da sie in den Gesetzen selbst gegründet sind; allein wir stellen es in Abrede, daß sie hier im gegenwärtigen Fall einige Anwendung finden können. Denn wenn gleich der Canon blos zur Anerkennung des Obereigenthumsrechts entrichtet wird, so folgt noch nicht,

daß deswegen doch unter den oben angeführten Umständen derselbe vom Erbzinsmann müsse bezahlt werden.

Wir haben angenommen, daß das Erbzinsgut wegen feindlicher Ueberfälle so wenig benuzet, als auf eine andere Art gebrauchet werden könne; es fehlt also jetzt wirklich der Besitz davon. Fehlt dieser aber, so kann auch auf keine Weise das Obereigenthumsrecht mehr erkannt werden: denn dieses setzet doch jenes nothwendig zum voraus. Allein selbst die Gesetze a) unterstützen hierin unsere Meinung, wenn sie ein solches Gut unter jenen Umständen ansehen, als wenn es gar nicht weiter existirte. In diesem Fall aber braucht auch der Canon nicht weiter entrichtet zu werden b), wenigstens so lange nicht, bis es der Erbzinsmann wieder in seinen Besitz erhält. Man könnte hiergegen zwar erinnern, daß aber diesem ohngeachtet das Gut noch wirklich existire, wenn es gleich von Feinden besessen würde: allein für den Erbzinsmann ist es eben so gut, als wenn es wirklich nicht mehr da wäre, denn er kann daraus doch gar keine Nutzungen und Vortheile ziehen, und hiezu hat er es doch hauptsächlich.

§. 5.

a) L. 12. §. 2 ff. de reb. aut. iud. poss. Si propter naturam rei, veluti si praedium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri: recte dicitur non esse, quod possideatur. L. 10 §. 1 ff. de per. et comm. rei vend. L. 3 §. 17 ff. de acq. vel amitt. poss.

b) L. 1 C. de iur. emphyt.

§. 5. Mit dem andern oben angeführten Zweifelsgrund hat es gleiche Bewandtniß. Wir geben es gern zu, daß wegen Mißwachs und dergleichen der Erbzinsmann keinen Nachlaß verlangen könne, daß er selbst alle Unglücksfälle tragen, und daß man Kriegsunruhen unter letzteren auch begreifen müsse: allein wir setzen hier immer zum voraus, daß bey allen diesen sich zutragenden Unglücksfällen, die der Erbzinsmann tragen muß, auch die Emphyteusis noch wirklich existiren müsse. Thut sie dieses aber nicht, wenn sie von den Feinden weggenommen ist, so müssen wir auch bey unserm Satz stehen bleiben, daß in diesem Fall die Entrichtung des Canons von selbst wegfalle. Die oben angeführte *L. 1. C. de iure emphyt.* stimmt mit diesem auch völlig überein c).

§. 6. Unserer Meinung steht auch eben so wenig die Verordnung der *L. 3. C. de fund. patrim.* entgegen. Wer dieses Gesetz nur flüchtig durchsieht, wird bald finden, daß darin nicht von der Entrichtung des Canons die Rede sey, sondern daß darin nur gesagt wird, der Erbzinsmann

c) — — Si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum: hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur. §. 3. I. locat. cond.

mann könne unter dem vorgebrachten Vorwande das Erbzinsgut nicht verlassen. Das Gesetz ist überhaupt so wenig gegen unsere Behauptung, und leidet auch so wenig Anwendung auf unsern Fall, daß wir dasselbe keiner Erklärung weiter nöthig achten.

§. 7. Wir werden nicht nöthig haben, die Gründe für diese Meinung noch umständlicher auszuführen, weil sie bereits bey Widerlegung der Zweifelsgründe schon angebracht sind, und auch hauptsächlich unsere Meinung sich in oben angeführten Gesetzen gründet; wir wollen also nur blos noch auf die über, diese Materie vorhandenen Schriftsteller d) verweisen, die hievon weiter gehandelt haben. — Wenn wir nun also annehmen, daß ein Erbzinsmann den Canon nicht zu entrichten brauche, falls er wegen feindlicher Ueberfälle das Erbzinsgut gar nicht benutzen kann, so folgt auch schon von selbst, daß ihm der Obereigenthumsherr die Emphyteusis nicht nehmen könne, wenn er in der gesetzlichen Zeit unter jenen Umständen den Canon nicht entrichtet hat. Denn ist er überhaupt zur Entrich-

d) *Gail* L. 2. obs. 23. n. 23. *Harprecht* ad I. tit. locat. cond. §. 3. n. 275 seqq. *Fachineus* contr. iur. Lib. 1. cap. 90. *Carpzov* Lib. 1. resp. 91. et P. 2 const. 38 def. 19 n. 7 seqq. *Berger* oec. iur. tit. de contr. cons. §. 28 not. 7. *Leyser* sp. 103 cor. 3.

richtung des Canons nicht verbunden, so kann er darüber auch keine Strafe leiden, wenn er weiter nichts, als was ihm nach den Gesetzen immer erlaubt ist, zu thun unterlassen hat.

Ein und vierzigste Meditation.

Der Niesbrauch wird dadurch nicht verloren, wenn er einem Dritten abgetreten wird.

§. 1.

Justinian hat in dem dritten Paragraph der Institutionen unter dem Titel von Niesbrauch verschiedene Arten angeführet, durch welche ein Niesbrauch verloren gehet. Unter diese rechnet er auch den Fall, wenn der Niesbrauch dem Eigenthumsherrn cedirt wird; von der Cession aber, welche einem Dritten geschieht, sagt er: **daß dieselbe von keiner Wirkung seyn solle** a). Durch diesen letzten Ausdruck

Q 5 sind

a) Item finitur vsusfructus, si domino proprietatis ab vsufructuario cedatur; nam cedendo extraneo nihil agitur.

sind viele Rechtsgelehrte b) bewogen worden, die Cession des Niesbrauchs, die einem Dritten geschiehet, mit zu den Arten zu zählen, wodurch dieselbe verloren geht. Ja was diese Meinung noch am meisten zu bestärken scheint, ist dieses, daß Justinian in dem Fall, wenn der Niesbrauch einem Dritten cedirt wird, verordnet, daß der Niesbrauch nicht auf den Dritten gehen, sondern an den Eigenthumsherrn wieder zurückfallen solle c).

§. 2. Beyde gesetzliche Verordnungen scheinen unserer Meinung gerade entgegen zu stehen. Denn ist es wahr, daß eine solche Cession von gar keiner Wirkung sey; daß der Niesbrauch wieder an den Eigenthumsherrn zurückfalle: so scheint auch die Folge richtig, und die gegenseitige Meinung gegründet zu seyn. Allein eine genauere Erwägung dieser beyden Gesetze wird hoffentlich einen jeden überzeugen können, daß daraus keineswegs die gegenseitige Meinung erwiesen werden könne.

§. 3. Um aber alle Zweydeutigkeiten zu vermeiden, finden wir für nöthig, ehe wir diese Ge-

b) *Cuiacius* ad l. tit. de vsufr. §. 3. *Vinnius* ad eund. §. *Noodt* de vsufr. lib. 2. cap. 10. *Alteserra* recitat. quot. Tom. 2. pag. 92. *Hunnius* lib. 2. tr. 2. qu. 32. *Coccеii* I. C. tit. quib. mod. vsusfr. am. qu. 3.

c) L. 66 ff. de iur. dot. — quoniam diximus, vsum-

Gesetze selbst erwägen, und unsere Gründe vorlegen, vorher noch etwas zu erinnern.

Die Cession des Niesbrauchs kann auf eine doppelte Art geschehen: einmal daß dem, dem der Niesbrauch abgetreten wird, zugleich mit dem Recht Nutzungen zu heben, das völlige Recht auf den Niesbrauch selbst übertragen werde; oder daß man ihm nur blos das Recht die Nutzungen zu genießen überläßt. Die erste Art von Cession kann zwar dem Cessionarius nicht ein so großes Recht geben, daß er als der wahre Usufructuarius anzusehen ist; denn so bald der Usufructuarius stirbt, hört auch sein Recht auf, und der Niesbrauch fällt an den Eigenthumsherrn zurück: allein dies geschieht nicht eher als mit dem Tode des Usufructuarius. Die andere Art, da nur blos die Nutzungen jemandem überlassen werden, ist allerdings erlaubt: denn so kann der Usufructuarius den Niesbrauch verpfänden, verkaufen, vermiethen d).

§. 4. Nachdem wir dies vorausgesetzt haben, können wir auch leicht jene Gesetze verstehen.

vsumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. c. ei, qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum vsumfructum.

d) L. 11. §. 2 ff. de pign. L. 8. pr. ff. de reb. aut.

hen. Justinian sagt zwar in dem angeführten 3ten §. der Institutionen: *nam cedendo extraneo nihil agitur*, und in der *L. 66 ff. de iure dot. nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum vsumfructum.* Allein beyde Ausdrücke schaden in der That unserer Meinung nicht. Denn der Ausdruck *nihil agi* kann nicht so viel heissen, daß der Niesbrauch verloren würde, sondern nur so viel, daß die Cession von keiner Wirkung sey, d. i. daß durch dieselbe der Cessionarius kein volles Recht auf den Niesbrauch erlange, sondern sein Recht, die Nutzungen zu heben, nur so lange daure, als der Usufructuarius lebt. Daß dieser Ausdruck so müsse verstanden werden, können wir theils aus verschiedenen andern Gesetzen e) schliessen, theils aus dem Inhalt jenes Paragraphs behaupten. Justinian setzt darin die Cession, die dem Eigenthumsherrn, und die, welche einem Dritten geschehen, einander entgegen. Von ersterer sagt er nur, daß durch dieselbe der Niesbrauch aufhöre, von letzterer aber redet er so nicht: hätte Justinian daher beyde Arten mit einander verbinden, beyden eine gleiche Wirkung beylegen wollen, so würde er sich gewiß einerley Ausdrücke bedient haben.

§. 5.

aut. iud. poss. L. 11. §. 2. L. 38. L. 67 ff. de vsufr.

e) L. 25. §. 3 ff. de vsufr. L. 2 ff. de pign. act. L. 21. §. 4 ff. quod met. caus.

§. 5. Hiedurch werden nun auch zugleich die Worte der *L 66 ff. de iur. dot.* uns deutlich seyn. Das Gesetz sagt, daß, wenn der Niesbrauch einem Dritten abgetreten werde, dieser nicht bey dem Dritten bleibe, sondern an dem Eigenthumsherrn wieder zurückfalle. Aber wenn und zu welcher Zeit solches geschehe, sagt das Gesetz nicht: nur das können wir daraus sehen, daß nicht sogleich, wenn der Niesbrauch einem Dritten abgegeben wird, der Eigenthumsherr solchen wieder erlange. Denn das Wort *reuersurum esse* wird von einer künftigen, nicht aber von einer gegenwärtigen Zeit gebraucht. Man setzt zwar dieser Erklärung verschiedenes entgegen: allein gewiß ohne Grund; denn selbst die Schlußworte jenes Gesetzes, *vt ipsum quidem ius remaneat penes maritum*, *perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat*, rechtfertigen unsere Erklärung, da darin ausdrücklich gesagt wird, daß das Recht auf den Niesbrauch bey dem Mann bleibe.

§. 6. Auf diese Art haben wir nicht nur die gegenseitige Meinung widerlegt, sondern auch zugleich erwiesen, daß die von uns behauptete Meinung selbst in den gegenseits angeführten Gesetzen gegründet sey. Ohne also noch etwas weiteres zu sagen, würden wir hier sicher abbrechen können: allein um unsere Meinung ausser allen Streit zu setzen, wollen wir nur noch

eini-

einige Gründe zur Bestärkung derselben anführen.

§. 7. Man wird uns ohne Bedenken zugeben müssen, daß der Verlust eines Rechts eine Art von Strafe sey, folglich auch nicht anders als da, wo in den Gesetzen der Verlust eines Rechts auf eine gesetzwidrige Handlung gesetzt worden, statt finden könne. Kann uns aber wohl von der Gegenseite ein Gesetz gezeigt werden, das in diesem Stück deutlich für ihre Meinung redet? Kann man uns aus den Gesetzen überzeugen, daß hier in diesem Fall von der Regel, nach welcher eine sonst ungültige Cession nur die Wirkung hat, daß zwar der Cessionarius kein Recht auf die cedirte Sache erlange, solches aber doch bey dem Cedens bleibe f), eine Ausnahme gemacht sey? Kann man alles dies nicht, warum sollen wir denn in diesem Stück von den Gesetzen abweichen, und ohne Grund Ausnahmen von allgemeinen Regeln machen?

Setzen wir nur noch dieses hinzu, daß selbst nach dem antejustinianeischen Recht durch die Cession, die einem Dritten geschehen, der Niesbrauch keinesweges sey verloren gegangen g), so können wir auch daraus schon einen Grund für unsere Meinung hernehmen, da in diesem Stück keine

f) L. 20 ff. ex quib. caus. maior. L. 38 §. 1 ff. de sol.

g) *Paulus* recept. sent. lib. 3. cap. 5. §. 32.

keine Aenderungen in unserm justinianeischen Recht gemacht sind.

§. 8. Es würde nicht schwer seyn, noch mehreres anzuführen; wir verweisen aber der Kürze wegen auf die unserer Meinung beytretenden Rechtsgelehrten h). Die übrigen Gründe der Gegner, daß nämlich durch die Cession die zum Niesbrauch gegebene Sache gemißbraucht werde; daß derjenige des Niesbrauchs unwürdig sey, der ihn nicht behalten wolle; daß man durch die Cession sein Recht erließe, sind gewiß so schwach, daß sie leicht ein jeder selbst heben kann, und es deswegen eine vergebliche Arbeit seyn würde, der Reihe nach ihre Blöße zu zeigen.

h) *Philippi* Ecl. ad I. lib. 2. ecl. 29. *Harprecht* ad §. 3. I. de vsufr. *Hahn* ad Wesenbeck tit. quib. mod. vsusfr. am. n. 5. *Sande* de ceff. act. cap. 5. n. 34. *Struv* ex. 12. §. 35.

Zwey und vierzigste Meditation.

Durch den Misbrauch wird der Niesbrauch nicht verloren.

§. 1.

Mit der in vorhergehender Meditation abgehandelten Frage steht diese: ob der Usufructuarius auch dadurch, wenn er die in Niesbrauch gegebene Sache nicht gehörig gebraucht, dieselbe verliere? noch in einiger Verbindung. Wir glauben auch hier nicht zu irren, wenn wir solche mit einigen Rechtsgelehrten a) verneinend beantworten. Die Gründe, die wir dazu haben, werden unsere Meinung rechtfertigen.

§. 2. Man wird sich noch aus vorhergehender Meditation erinnern, daß wir daselbst gezeigt, daß überhaupt nicht anders auf den Verlust eines Rechts könne erkannt werden, als wenn solcher in den Gesetzen auf eine gesetzwidri-

ge

a) *Harprecht* ad §. 3. I. de vsufr. n. 59. *Wesenbeck* ad ff. tit. quib. mod. vsusfr. am. n. 8. *Cramer* obs. iur. Tom. 1. obs. 967.

ge Handlung gesetzt worden. An einer solchen gesetzlichen Verordnung fehlt es uns aber im gegenwärtigen Fall: denn in dem ganzen Titel der Pandecten, **auf welche Art der Niesbrauch verloren werde**, ist dieses Falles gar nicht gedacht; und selbst die Gesetze, die man für die gegenseitige Meinung anzuführen pflegt, sagen solches, — wie wir unten sehen werden, — nicht.

§. 3. Aber hat denn der Usufructuarius Macht und Gewalt, die ihm in Niesbrauch gegebene Sache zu gebrauchen wie er will? Ist es gleich, ob der Gebrauch derselben zweckmäßig sey oder nicht? Und stehen dem Eigenthumsherrn keine Mittel zu, sich wider einen solchen Mißbrauch zu setzen? Allerdings! die Gesetze verstatten keinesweges dem Usufructuarius einen willkürlichen Gebrauch: nein, sie geben dem Eigenthumsherrn Mittel an die Hand, wie er in einem solchen Fall zu verfahren habe b); aber eben deswegen schliessen sie auch den Mißbrauch von den Arten aus, wodurch sich einer des Niesbrauchs verlustig macht. Denn wären sonst jene gesetzlichen Verordnungen nicht unnütz?

§. 4.

b) L. 13. §. 2 ff. de vsufr. L. 1. §. 4. 5. 6 ff. vsufr. quemadm. cav. L. 9. §. vlt. ff. de damn. inf.

§. 4. Aber bey allem diesem scheinen uns doch noch verschiedene Gesetze c) im Wege zu stehen, welcher die Gegner d) sich zur Behauptung ihrer Meinung zu bedienen pflegen. Allein auch diese Gesetze reden Theils von diesem Fall nicht, theils sagen sie auch das nicht, was man darin zu finden glaubt. Um dies zu zeigen, wollen wir nur mit wenigem diese Gesetze selbst ansehen.

§. 5. Justinian sagt zwar, daß der Niesbrauch verloren gehe *non vtendo per modum et tempus:* allein der Zusammenhang zeigt, daß hier der Fall enthalten sey, wenn der Usufructuarius die ihm von dem Eigenthumsherrn vorgeschriebene Art des Gebrauchs aus den Augen setzt. Dieser Fall aber ist vom gegenwärtigen ganz verschieden, so wie es auch überhaupt wahr ist, wie in der *L. 13. §. 4 ff. de vsufr.* gesagt wird, daß der Usufructuarius die in Niesbrauch gegebene Sache nicht mißbrauchen könne; allein auch daraus folgt noch nicht, daß, wenn er es gethan, er des Niesbrauchs verlustig werde. Gegen die übrigen beyden Gesetze, nämlich die *L. 54. §. 1 ff.* und

c) §. 3. I. de vsufr. L. 13. §. 4 ff. de vsufr. L. 54. §. 1 ff. loc. L. 3 C. loc. L. 9. §. vlt. ff. de damn. inf.

d) *Mantica* de arb. iud. qu. lib. 2 cent. 1 caſ. 78. *Struv* ex. 12 §. 34. *Stryk* V. M. tit. quib. mod. vſufr. am. §. 6. *Boehmer* Intr. in ius dig. eod. tit. §. 3.

und *L. 3. C. locat.* brauchen wir nur dieses zu sagen, daß man von einem Miethcontract auf den Niesbrauch theils nicht schliessen könne, theils daß selbst, wie der Augenschein lehrt, beyde Gesetze nicht von dem Mißbrauch, sondern nur davon reden, wenn der Pachter die Miethe nicht bezahlt, und der Verpachter die verpachtete Sache selbst gebrauchen muß.

§. 6. Eine etwas genauere Erwägung aber verdient die *L. 9. §. vlt. ff. de damn. inf.* die wir selbst für unsere Meinung angeführt haben. Dieses Gesetz sagt, daß dem Usufructuarius, der an einem Hause den Niesbrauch habe, dieser Niesbrauch von dem Eigenthumsherrn könne untersagt werden, wenn jener das Haus nicht bessern lassen wolle. Es muß überhaupt schon einem jeden bekannt seyn, daß die cautio de damno infecto, wovon dieses Gesetz redet, von einem jeden, dessen Gebäude den Einsturz drohten, auf Verlangen derer, die dadurch Schaden leiden konnten, mußte geleistet werden. Wer hatte hier aber ein größeres Recht, jene Sicherheitsleistung von dem Usufructuarius zu fordern; und wer den größten Schaden bey dem Einsturz eines solchen in Niesbrauch gegebenen Gebäudes, als der Eigenthumsherr? Wollte daher der Usufructarius jene Sicherheitsleistung nicht stellen, was war da billiger, und welches Mittel war schicklicher und anpassender, ihn dazu zu zwingen, als dieses, daß ihm der Niesbrauch so lange ge-

nommen wurde? denn daß er ihm auf beständig solle genommen seyn, davon sagt das Gesetz nichts. So wenig entscheiden also alle diese Gesetze; und da wir für diese so eben widerlegte Meinung keine deutliche Gesetze haben, so haben wir auch weit bessern Grund, bey unsrer Meinung zu beharren.

Drey und vierzigste Meditation.

Die Einrede des macedonianischen Rathsschlusses findet in Absicht des Rests einer Schuldforderung nicht Statt, wenn der Sohn, da er sein eigner Herr geworden, einen Theil seiner Schuld bezahlt hat.

§. 1.

Ein Studirender hatte während seines Aufenthalts auf Akademien verschiedene ansehnliche Schulden gemacht, und bey seinem Abzuge seinem Gläubiger eine Handschrift ausgestellt, worin er, ohne sich jedoch der Einrede des macedonianischen Rathsschlusses ausdrücklich zu begeben, versprochen hatte, diese Schuld, so bald er dazu im Stande wäre, zu bezahlen. Einige

Jahre

Jahre nachher erlangte er auch wirklich eine einträgliche Bedienung, und kam auch seinem Versprechen in so weit nach, daß er von jener Schuld einen Theil abtrug. Allein da endlich sein Gläubiger auf die völlige Befriedigung bestand, so weigerte er sich, unter dem Vorwand, daß er dazu nicht schuldig sey. Der Gläubiger aber, der seine Forderung nicht aufgeben wollte, wurde, da alle Vorstellungen nicht helfen wollten, genöthigt, gerichtlich den Rest seiner Forderung einzuklagen; und hier kam, da von Seiten des Beklagten die Einrede des macedonianischen Rathsschlusses dieser Forderung entgegengesetzt wurde, jene Frage: ob diese Einrede auch alsdenn, wenn ein Theil der Schuld bezahlt sey, noch Statt finde? zur Untersuchung. Mit Recht wurde diese Frage mit den mehresten Rechtsgelehrten a) verneinend entschieden.

§. 2. Es folgt diese Entscheidung, ohne uns auf die diese Frage entscheidenden Gesetze zu berufen, schon aus der Natur einer Schuld selbst. Die ganze Summe einer Schuld ist mit ihren

a) *Mantica* de tac. et ambig. conf. lib. 8. tit. 2. n. 25. *Perez* ad cod. tit. ad SCtum Mac. n. 11 *Lauterbach* colleg. th. pr. tit. de SCto Mac. §. 21 *Carpzov* lib. 2. tit. 10. resp. 105. n. 16. *Christinei* dic. vol. 3. dic. 35. n. 11. *Coccei* I. C. tit. de SCto Mac. qu. 12. *Berger* oec. iur. lib. 3. tit. 2. §. 2. not. 10.

Theilen aufs genaueste verbunden, so daß derjenige, der einen Theil einer Schuld bezahlt, dadurch die ganze Schuld als richtig anerkennt b). Wir können diese Regel, ohne zu irren, auch auf diesen Fall anwenden; denn da es gewiß ist, daß, falls ein Sohn, nachdem er sein eigner Herr geworden, eine Schuld, der er die Einrede des macedonianischen Rathsschlusses hätte entgegensetzen können, bezahlt hat, solche nicht wieder zurückfordern könne, so ist auch gewiß kein Grund vorhanden, weswegen man von jenen gesetzlichen Verordnungen abgehen sollte.

§. 3. Nicht aber blos diese Regel begründet jene Entscheidung; nein, wir treffen selbst über jene Frage klare Verordnungen an, worin solche gleichfalls verneinend entschieden wird c). Das Gesetz ist so klar und deutlich, daß die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrten d) nur durch ihre Erklärungen unsre Entscheidung

b) L. 39. §. 1 ff. de oper. lib. L. 4. C. de non num. pec.

c) L. 7. §. 1 ff. de SCto Mac. Si paterfamilias factus soluerit partem debiti, cessabit Senatus consultum, nec solutum repetere potest.

d) *Bachov* ad Treutl. vol. 1. disp. 20. th. 8. *Struv* ex. 20. §. 57. *Beyer* ad SC. Mac. pos. 12. *Schilter* ex. 27. §. 72. *Westenberg* princ. dig. tit. de SCto Mac. §. 19. *Boehmer* intr. in ius dig. §. 9.

dung verdächtig zu machen suchen. Sie wollen nämlich die Worte: *cessabit senatus consultum*, nur auf den schon bezahlten Theil der Schuld ziehen, und behaupten deswegen, daß in diesem Gesetze nur so viel gesagt werde, daß in Ansehung der bezahlten Schuld der macedonianische Rathsschluß nicht weiter statt fände, und daß das einmal bezahlte nicht wieder zurückgefordert werden könne.

§. 4. Allein selbst das von dem Ulpian, als Verfasser dieses Gesetzes, gebrauchte Wort, *cessare*, muß schon das Unrichtige der gegenseitigen Erklärung zeigen, da dieses Wort nie anders als in der Bedeutung genommen wird, um anzuzeigen, wenn überhaupt die gesetzliche Verordnung nicht mehr statt findet. Und daß diese Erklärung richtig sey, und folglich die Worte *cessabit senatus consultum* auf den noch nicht bezahlten Theil der Schuld, und die Worte *nec solutum repetere potest* auf den bereits bezahlten Theil der Schuld müssen gezogen werden, läßt sich daraus einsehen, wenn wir uns nur erinnern wollen, daß überhaupt in dem macedonianischen Rathschlusse keine Klage, sondern nur eine Einrede wider die gegen diesen Rathsschluß contrahirte Schuld gegeben werde.

§. 5. Verbinden wir hiemit noch dasjenige, was Ulpian in einem diesem entgegengesetzten Fall sagt, daß nämlich, wenn ein Sohn, der sein

eigner Herr geworden, zur Sicherheit der Schuld seinem Gläubiger ein Pfand gegeben, die Einrede nur nach Verhältniß des Werths des Pfandes wegfalle e), so können wir daraus schon selbst einen Grund für unsre Meinung hernehmen. Dieser Fall ist demjenigen, der im obigen Gesetz enthalten, völlig entgegengesetzt; mithin muß in Absicht beyder eine ganz andere Entscheidung erfolgen. Dies fließt selbst aus der Natur der sich einander entgegengesetzten Dinge; und wir können dies auch hier um desto eher vermuthen, da beyde Gesetze gleichen Verfasser haben.

§. 6. Vielleicht aber mag vielen selbst dieses Gesetz mehr für die gegenseitige als unsre Meinung zu reden scheinen: denn der Schluß, was in dem Fall Rechtens ist, wenn ein Pfand gegeben worden, muß auch in dem Fall, wenn ein Theil der Schuld bezahlt ist, Rechtens seyn; fällt nun in Absicht des erstern die Einrede des macedonianischen Rathschlusses nach Verhältniß des Werths des Pfandes weg, so muß sie es auch im letztern Fall thun, mithin auch in Betracht des noch nicht bezahlten Theils der Schuld dem Gläubiger entgegengesetzt werden können. Allein unter beyden Fällen ist allerdings ein Unterschied. Denn ein Pfand

e) L. 9. pr. ff. de SCto. Mac. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, SCti exceptionem ei denegandam vsque ad pignoris quantitatem.

Pfand ist blos ein Accessorium der Hauptschuld, und erstreckt sich nur so weit, so weit es der Hauptverbindlichkeit hinzutrit, geht also keinesweges auf das Ganze: durch die Bezahlung eines Theils der Schuld aber erkennet man, wie wir bereits erwiesen haben, die ganze Schuld.

Vier und vierzigste Meditation.

Unter der in einer Pfandverschreibung befindlichen Clausel: Bey Verpfändung aller Haab und Güter, beweg- und unbeweglich, sind auch die ausstehenden Forderungen mit begriffen.

§. 1.

So übereinstimmend gleich die Rechtsgelehrten behaupten, daß unter der in einer Pfandverschreibung befindlichen Clausel: **bey Verpfändung aller meiner Haab und Güter** auch ausstehende Forderungen mit begriffen sind; so getheilt sind sie dennoch in ihren Meinungen, wenn jenem Ausdrucke noch die Worte **beweg-**

und unbeweglich zugefügt sind. Viele a) schliessen in dem Fall die ausstehenden Schulden davon aus; andre b) behaupten, daß diese allerdings mit darunter begriffen wären.

§. 2. Ein jeder wird leicht ohne unsre Erinnerung einsehen, wie vieles von der rechten Entscheidung dieser Frage abhänge; und ob wir gleich mit Grund zu behaupten uns getrauen, daß eine Verpfändung aller seiner Haab und Güter mit dem Zusatz beweg- und unbewegliche auch auf ausstehende Forderungen müsse ausgedehnt werden, so rathen wir doch, um alle Streitigkeiten bey dieser an sich streitigen Frage zu vermeiden, dem Gläubiger an, sich in einer Pfandverschreibung ausdrücklich die ausstehenden Forderungen mit verpfänden zu lassen: denn alsdenn ist er auf alle Weise gesichert. Allein es ist hier unser Endzweck nicht, praktische Cautelen zu lehren, son-

a) *Faber* ad C. lib. 8. tit. 6. def. 14. *Menoch.* de praes. lib. 4. pr. 142. not. 19 et 20. *Hahn* ad Wesenb. tit. de pign. n. 3. *Zoesius* ad ff. tit. de pign. n. 11. *Carpzov* part. 2. const. 23. def 7. n. 8. *Stryk* V. M. tit. de pign. §. 15. et in caut. contr. Sect. 2. cap. 4. §. 15.

b) *Brunnemann* ad L. 1 C. de pign. §. 15. *Bynkershoek* lib. 3. obs. 2. *Struv* ex. 26. §. 20. *Berlich* part. 2. concl. 29. n. 22. *Berger* oec. iur. lib. 2. tit. 5. §. 9. n. 1. *Leyser* spec. 26. med. 1.

sondern nur unsere Meinung über praktische Streitfragen, so wie wir solche den Gesetzen am angemessensten zu seyn glauben, vorzutragen.

§. 3. Der Grund, weswegen viele Rechtsgelehrten die entgegengesetzte Meinung hegen, beruhet darin, weil der Regel nach ausstehende Schulden nicht zu beweg- und unbeweglichen Gütern gehören, sondern als eine dritte Art müssen betrachtet werden c), und daß endlich bey einem Vermächtniß der beweg- und unbeweglichen Sachen ausstehende Forderungen nicht mit unter dem Legat begriffen sind d). Allein unbeschadet jener Regel, müssen wir hier mehr auf den Sinn der Contrahenten, als auf die Worte selbst sehen. Dies ist nicht blos eine in der Auslegungskunst gegründete Regel, sondern selbst in den Gesetzen e) gebilliget: und wir können hier von dieser Regel um desto eher Gebrauch machen, da ein Gläubiger zur Sicherheit der dem Schuldner vorgeschossenen Summe gewiß alle Sicherheit zu haben wünscht, und auch ein Schuldner, da er alle seine Güter verpfändet, seinem Gläubiger alle nur mögliche Sicherheit hat geben wollen.

§. 4.

c) L. 7. §. 4 ff. de pecul. L. 15. §. 2 ff. de re iud.

d) L. 79. §. 1. L. 86 ff. de leg. 3.

e) L. 9 C. quae res pign. oblig.

§. 4. Können wir aber auch nicht das zweyte gegenseitige Argument, welches sie von dem Vermächtniß der beweg- und unbeweglichen Sachen hernehmen, hier anwenden, und von demselben auf diesen Fall schliessen? Wir haben einen Grund für uns, nach welchem wir einen solchen Schluß nicht als richtig gelten lassen können. Es ist bekannt, daß man überhaupt nie von einem Fall auf den andern schliessen könne, so bald beyde von einander verschieden sind; und dieser Unterschied ist hier doch offenbar. Mit einem Legat ist allezeit ein wahrer Gewinn von Seiten des Legatarius verbunden, und muß daher auch in zweifelhaften Fällen mehr eingeschränkt als erweitert werden. Bey einer mit einer Verpfändung verbundenen Schuldverschreibung aber fällt das völlig weg: denn hier sucht der Gläubiger keinen Vortheil zu erlangen, sondern nur den Schaden, den er sonst etwa zu befürchten haben würde, von sich abzuwenden; und da ist es auch gewiß billig, eine solche Clausel zu seinem Vortheil zu erklären.

§. 5. So viel hat in der That unsre Meinung von der gegenseitigen zum voraus, sie ist nicht nur der Billigkeit, sondern selbst dem Sinne der Contrahenten angemessener. Verdient nicht ein jeder Gläubiger, der mit dem Seinigen andere unterstützet, auch alle Sicherheit in Absicht des Seinigen?

Allein hat es sich der Gläubiger nicht beyzumessen, daß er nicht bestimmter und deutlicher geredet? Man würde dies zugeben müssen, wenn es wahr wäre, daß einem jedem alle Rechtsstreitigkeiten bekannt, und daß ein jeder die Mittel kenne, solche abzuwenden: wer weiß aber nicht, daß selbst oft die größten Rechtsgelehrten in Fällen, wo unsre Rechte viele Subtilitäten einmischen, nicht allezeit sicher gehen? Zudem ist es nicht immer selbst der Gläubiger, der eine solche Schuldverschreibung entwirft, sondern größtentheils wird solches Rechtsgelehrten überlassen; und fehlen und irren diese, wie kann solches dem Gläubiger zur Last fallen, besonders wenn, wie im gegenwärtigen Fall, der Gläubiger nur Schaden abzuwenden, keineswegas aber Vortheil zu erhalten sucht?

Fünf

Fünf und vierzigste Meditation.

Bey einer zu einem gewissen Endzweck geliehenen Sache (commodatum) findet die Compensation nicht statt.

§. 1.

In den Gesetzen sind verschiedene Fälle angegeben, in welchen die Compensation nicht statt hat; und unter diese rechnen wir auch den Fall, wenn jemandem eine Sache zu einem bestimmten Endzweck geliehen ist. Hier muß nach der Verordnung der Gesetze die Sache von demjenigen, der sie geliehen, wenn die Gebrauchszeit um ist, in specie wieder zurückgegeben werden; und ist auch gleich der Verleiher dem andern mit einer Schuld verhaftet, so kann deswegen die geliehene Sache so wenig zurückbehalten, als weniger mit dieser Schuld compensirt werden.

§. 2. Um unsern Satz zu beweisen, wollen wir vorher nur anführen, daß nach den Gesetzen, die wir hier als bekannt voraussetzen, so wenig eine Species gegen eine Species, als eine Species gegen ein Genus kann compensirt werden. Hieraus würde also schon von selbst folgen,

gen, daß eine geliehene Sache, die doch in specie immer muß restituiret werden, auf keine Weise eine Compensation zuließe. Auf diese Verordnung könnten wir uns daher immer mit Recht so lange gründen, bis uns von der Gegenseite eine besondere Ausnahme vorgezeigt würde: allein selbst in unsern Gesetzen ist unsere Meinung noch ganz ausdrücklich festgesetzt.

§. 3. Zu dem Ende berufen wir uns auf die Verordnung der *L. vlt. C. de commodato*, die es nicht verstattet, daß man unter dem Vorwande einer Schuld die Restitution der geliehenen Sache verweigern solle a). Die Gegner b) sehen das Gewicht dieses Gesetzes selbst ein, und haben daher auch zu unrichtigen Verbesserungen desselben ihre Zuflucht nehmen müssen. Sie glauben nämlich, daß anstatt *commodati* müsse *commendati* gelesen werden, und also von einem depositum die Rede sey. Allein diese Verbesserung ist nirgends gegründet, und kann daher auch nicht eher angenommen werden, bis sie dieselbe außer allen Zweifel setzen, und mit Gründen, besser wie geschehen, erweisen. Denn die gemeine Leseart hat immer in vielem Betracht viele Vor-

a) Praetextu debiti, restitutio commodati non probabiliter recusatur.

b) *Cuiacius* Lib. 9. obs. 37. *Hunnius* resolut. iur. Lib. 3. tract. 3. P. 3. qu. 4. *Zoesius* ad ff. tit. commod. n. 22.

Vorzüge, weil dieses Gesetz unter dem Titel de commodato stehet, und daher auch, falls auch wirklich ein Zweifel über die Leseart des Worts commodati seyn sollte, wie doch nicht ist, allemal eher muß beybehalten werden.

§. 4. Unsere Meinung, der auch die größten Rechtsgelehrten c) vor der andern beygepflichtet haben, gründet sich auch noch vornehmlich mit in dem Wesen des Contra ts selbst. Denn der Verleiher giebt allein auf Treu und Glauben dem andern seine Sache hin, unter der Bedingung, daß sie nach der Gebrauchzeit ihm wieder soll restituirt werden. Wollte daher der andere, dem die Sache geliehen, unter dem Vorwand der Compensation sie zurückbehalten, so würde er nicht nur offenbar treulos handeln, sondern auch selbst wider sein gegeben Wort und Versprechen die geliehene Sache dem Verleiher vorenthalten. Beydes würde nicht nur unbillig, sondern auch offenbar ungerecht seyn. Die Gesetze haben also ganz weislich hier die Compensation verboten.

§. 5. So gegründet unsere Meinung gleich, sowohl nach den Gesetzen, als auch selbst nach dem ist, was wir oben im 2ten §. gesagt: so

c) *Carpzov* P. 1. conſt. 8. def. 32. *Hahn* ad Weſenb. tit. de compenſ. n. 10. *Harprecht* ad I. tit. quib. mod. re contr. obl. n. 51. *Hilliger* in Donell. enucl. Lib. 16. cap. 15. tit. 10. *Bronchorſt* cent. 2. aſſ. 42.

so hat es doch verschiedene Rechtsgelehrten gegeben d), welche das Gegentheil von der diesseitigen Meinung zu behaupten gesucht haben. Wir dürfen also auch nicht ihre Gründe hier gänzlich übergehen, sondern so unrichtig sie gleich sind, wollen wir sie doch, um ihre Schwäche zu zeigen, in eine kurze Erwägung ziehen.

§. 6. Den Hauptgrund für ihre Meinung nehmen die Gegner aus den Worten der Gesetze e), darin die Compensation in allen Klagen zugelassen wird, ausser in der actio depositi. Sie ziehen daraus den Schluß, daß also bey der actio commodati die Compensation statt haben müsse. Allein dieses Gesetz schadet uns gar nicht: denn theils hat Justinian in diesen Gesetzen überhaupt nicht alle Fälle angegeben, in welchen die Compensation nicht statt haben soll, wie aus andern Stellen der Gesetze deutlich ist; theils gilt die Regel, daß bey allen Klagen die Compensation erlaubt sey, nur alsdenn, wenn von beyden Seiten ein Genus, nicht wenn eine Species schuldig ist, überhaupt aber, wenn alle Erfordernisse der Compensation da sind; theils haben wir auch ausdrückliche Verordnungen der Ge-

d) Sie sind in der Note b angeführt.

e) §. 30. I. de actionib. — excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus. — — L. vlt. C. de compens.

Gesetze f), wo in diesem Fall, wenn eine Sache zu einem gewissen Endzweck geliehen worden, die Compensation untersagt ist.

§. 7. Allein selbst dieses Gesetz unterstützt noch unsere Meinung. Denn so großen Grund der Gesetzgeber hatte, beym Depositum die Compensation zu verbieten, eben so groß ist er auch beym Commodat; und sehen bey jenem die Gesetze die Compensation als ungültig an, so muß sie es auch bey diesem eben so gut seyn. In beyden wird alles auf des andern Treu und Ehrlichkeit gesetzt, in beyden muß immer dieselbe Sache in specie restituirt werden. Des Gesetzgebers Absicht kann es daher auch gar nicht gewesen seyn, dadurch, daß er in den angeführten Gesetzen bey der actio depositi die Compensation nicht zuläßt, diese bey der actio commodati zu verstatten, besonders da er in andern Gesetzen ausdrücklich hier ein anders verordnet hat.

§. 8. Die übrigen, von der Gegenseite angeführten Gesetze g) passen alle so wenig auf unsere Streitfrage, und leiden auch so wenig Anwendung darauf, daß wir nicht nöthig haben, sie der Reihe nach hier anzuführen und zu widerlegen. Sie enthalten weiter nichts, als nur dieses, daß jemand, dem eine Sache zu einem gewissen

f) Man sehe den §. 3.

g) L. 15. §. 2. L. 59 ff. de furtis.

wissen Endzweck geliehen, solche in dem Fall zurückbehalten könne, wenn er auf die Sache selbst Kosten verwandt habe. Er braucht sie alsdenn nicht eher zu restituiren, bis ihm die Kosten vorher bezahlt sind.

Sie reden also nur allein von der Retention, nicht von der Compensation; und erstere kann auch demjenigen, der Kosten auf die geliehene Sache verwendet hat, nicht abgesagt werden, wenn sie der Verleiher nicht bezahlen will. Er kann sie deswegen zu seiner Sicherheit immer so lange zurückbehalten. — Dies ist der Inhalt dieser Gesetze, der so wenig, wie die übrigen Gründe, unserer Behauptung entgegen steht, daß wir hier füglich einer nähern Prüfung und Untersuchung dieser Streitfrage gänzlich überhoben sind, und vielmehr nur blos unsere oben angeführte Gründe der gegenseitigen Meinung allein entgegen stellen können.

Sechs und vierzigste Meditation.

Demjenigen kann die Compensation entgegengesetzt werden, dem eine Forderung abzutreten ist.

§. 1.

Wir wollen hier folgenden Fall festsetzen: Es sind *A* und *B* sich einander 100 Thaler

schuldig. A trit darauf seine Forderung, die er an B hat, an C ab. C will darauf diese ihm abgetretene 100 Thlr. von B einfordern: kann nun auch B die exceptio compensationis, die er gegen A hatte, dem C opponiren? oder ist er dieser Einrede nun verlustig, da er jezt einen andern Gläubiger erhalten hat? — Verschiedene Rechtsgelehrte a) nehmen darauf Rücksicht, ob derjenige, dem eine Schuld abgetreten, solche aus einem onerosen oder lucrativen Titel erhalten hat, und wollen nur im leztern Fall diese Einrede zulassen. Allein wir verwerfen hier mit den meisten Rechtsgelehrten b) diese Distinction, und lassen diese Einrede immer zu, wenn nur von der Cession wirklich schon eine wechselseitige Schuld und Forderung da gewesen ist.

§. 2. Wir hoffen unsern Saz völlig ausser Zweifel sezen zu können. Nicht nur aus dem We-

a) *Faber* in C. Lib. 4. tit. 23. def. 3. *Carpzov* decis. illustr. P. 3. dec. 255 et iurispr. for. P. 1. const. 8 def. 7 n. 8. *Mevius* P. 4. dec. 140.

b) *Franzkius* Lib. 1. res. 13. *Struv* ex. 21. §. 25 n. 6. *Schilter* ex. 28. §. 23. *Hahn* ad Wes. tit. de compens. n. 10 in fin. *Stryk* V. M. eod. tit. §. 6. *Boehmer* Tom. 2. P. 1. resp. 304. n. 5. 6. *Brunnemann* de cess. action. cap. 6. n. 3 seqq.

Wesen und dem Begriff der Ceßion, sondern auch aus dem der Compensation können wir die besten Gründe für die diesseitige Meinung hernehmen, und die gegenseitigen völlig widerlegen.

Aus der Ceßion erhält einer, wie bekannt, nicht mehrere Rechte und Vortheile, als der Cedens wirklich selbst gehabt hat c), da ihm seine Klagen nur allein aus dem ihm abgetretenen Rechte zustehen. Er wird daher auch mit dem Cedens für eine Person angesehen d), und alle Einreden, die wider diesen statt haben, können nunmehr auch gegen ihn vorgebracht werden e). Nehmen wir dieses alles zusammen, so können wir auch unmöglich mit Grund von der exceptio compensationis hier ein anders behaupten.

§. 3. Allein wir werden unsere Meinung noch mehr ausser allen Zweifel setzen, wenn wir nur das Wesen und die Eigenschaft der Compensation selbst in einige Erwägung ziehen wollen.

Die Compensation erlangt nicht von der Zeit erst ihre Wirkung, wenn sie opponirt wird, sondern sie erstreckt sich auch auf die Zeit, da ei-

c) L. 54, 143, 177 ff. de reg. iur.
d) *Klock* Tom. 3. conf. 107. n. 8 seqq. *Coccеii* Tom. 2. resp. 28. n. 3.
e) *Cocceii* Tom. 2. resp. 305. n. 17. *Lauterbach* coll. theor. pr. Lib. 18. tit. 4. §. 40 et 55.

ne wechselseitige Schuld und Forderung da gewesen ist, und geschieht ipso iure f). Ist also vor der Ceßion eine wechselseitige Schuld da gewesen, so ist auch wirklich damals die Schuld schon getilget, und der Cedens konnte daher auch nicht seine Forderung, die schon gegen seine Schuld aufgehoben war, an einen andern mehr abtreten, wenigstens ihm kein grösser Recht daran geben, als er selbst noch hatte. Ueberdem nimmt man bey der exceptio compensationis gar nicht auf die Person Rücksicht, sondern blos auf die Schuld und Forderung g). Wer diese besitzt, gegen den kan sie immer auch opponirt werden.

§. 4. Dies sind kurz die Gründe, die uns zur diesseitigen Meinung bewogen haben; wir hoffen, daß sie hinreichend seyn werden, wenn wir die gegenseitigen ihnen entgegen halten, und beyde mit einander vergleichen wollen. Die Gegner führen hauptsächlich die Haupterfordernisse der Compensation für ihre Meinung an, und glauben, daß diese in dem Fall, wenn eine Forderung an einen Dritten abgetreten, gänzlich fehlten. Wäre dieses richtig, so dürften wir freilich keinen Anstand nehmen, ihrer Meinung beyzutreten: allein wir werden sehen daß durch die Ceßion die Haupterfordernisse der Compensation gar nicht wegfallen.

§. 5.

f) L. 4 et 14 C. de compens. §. 30 I. de action. *Boehmer* Tom. 2. P. 1. resp. 302. n. 4 seqq.

g) Arg. L. 4 et 5 ff. de compens. *iunct.* L. 7 ff. de except.

§. 5. Sie sagen: zur Compensation wird eine wechselseitige Schuld und Forderung erfordert; so bald diese fehlt, fällt auch die Compensation von selbst weg. Bey der Abtretung einer Forderung findet man aber dieses Haupterforderniß der Compensation nicht: denn der Cessionarius wird nicht zugleich des andern Gläubiger und Schuldner, da ihm nicht alle actiua und passiua, sondern nur die eine Forderung vom Cedens abgetreten ist; er ist also nur blos ein Gläubiger von dem andern.

§. 6. So richtig gleich jener Vordersatz ist, daß zur Compensation eine wechselseitige Schuld und Forderung erfordert wird, so ungegründet sind doch die daraus gezogenen Folgerungen.

Aus dem Vorhergehenden ist es bekannt, daß durch die Cession die Person des Gläubigers nicht verändert wird, sondern beyde der Cedens und Cessionarius für eine Person gehalten werden, und dieser in jenes seine Rechte trit. Ist dieses, so wird durch die Cession auch im geringsten nicht die wechselseitige Schuld und Forderung aufgehoben, da der Cessionarius aus der Person des Cedens, von dem er alle seine Rechte hat, wirklich Schuldner des andern bleibt. Es ist daher auch gar nicht nöthig, daß zu dem Ende alle actiua und passiua ihm müßten abgetreten seyn, damit ihm diese Einrede könne opponirt

werden: denn wenn der Cedens wirklich seine Forderungen gegen den andern, vermöge der Compensation, die diesem zustand, nicht einklagen konnte, so kann es auch der Cessionarius nicht, der doch nur aus der Person des Cedens diese Forderung erhält, also auch sich eben das, was der Cedens, muß gefallen lassen. Es geht ja die Einrede der Compensation nur allein auf die abgetretene Forderung, wozu sollte es denn nöthig seyn, daß alle activa und passiva vom Cedens müßten abgetreten seyn? Wirklich, beym ersten Anblick muß sich die Schwäche dieses Arguments von selbst zeigen, und braucht daher gewiß keiner speciellern Widerlegung. Wir verweisen daher nur blos auf das, was wir oben im 2ten und 3ten §. gesagt haben.

§. 7. Ferner gründet sich die Gegenseite auf den Satz, daß nur bey liquiden Schulden und Forderungen die Compensation statt habe. Im gegenwärtigen Fall soll aber so wenig eine liquide Schuld da seyn, daß vielmehr der Cessionarius dem andern mit gar keiner Schuld, sondern nur blos der Cedens ihm verhaftet ist. Sie verstehen dieses in unserm vorausgesetzten Fall so: A und B seyn sich zwar einander schuldig: allein dadurch, daß A an C seine Forderung abgetreten, hätte er ihm nicht zugleich seine Passivschulden cedirt, und würde C daher nicht der Schuldner, sondern nur ein Gläubiger von *B*; mithin bliebe *A* allein der Schuldner von *B*.

§. 8.

§. 8. Auch diesem Scheingrunde brauchen wir nichts weiter entgegenzusetzen, als was wir schon oben angeführt haben. Geschieht die Compensation ipso iure, und erhält sie von der Zeit schon ihre Wirkung, wenn eine wechselseitige Schuld da ist; nimmt die Einrede der Compensation nicht auf die Person, sondern auf das Debitum Rücksicht; und ist endlich schon vor der Cessión eine wechselseitige Schuld da gewesen, welches wir hier immer voraussetzen: so muß auch nothwendig die Compensation gegen den Cessionarius immer gebraucht werden können.

§. 9. Weiter werden wir uns auf die gegenseitigen, gewiß sehr schwachen Gründe nicht einzulassen nöthig haben. Wir wollen nur noch anführen, daß die gegenseits behauptete Meinung immer mit vielem Nachtheil für einen jeden Gläubiger und Schuldner verknüpft ist. Denn schliessen wir bey abgetretenen Forderungen die Compensation aus, so wird dadurch mancher, wo nicht seine ganze Forderung verlieren, doch wenigstens oft den größten Schaden leiden müssen. Wir wollen annehmen, es haben zwey an einander eine solche wechselseitige Forderung. Der eine von ihnen, dessen Vermögensumstände schlecht sind, befürchtet, daß ihm der andere, falls er selbst seine Forderung einklagt, die exceptio compensationis entgenstelle. Er trit sie daher einem andern ab. Kann nun dieser dem Cessionarius diese Einrede nicht entgegenstellen,

so muß er seine Schuld bezahlen, und seine Forderung hernach erst von jenem einklagen. Was würde dieses nicht oft für Nachtheil bringen, besonders wenn des Schuldners Vermögensumstände schlecht sind? Und kann er auch gleich bezahlen, (wer weiß aber, wie lange dieses noch dauren kann?) so hat er doch unter der Zeit seine Gelder entbehren müssen; und hiedurch leidet er doch immer. Es handeln daher die Gegner nicht nur wider die Billigkeit, sondern auch offenbar wider die Verordnungen der Gesetze, wenn sie in diesem Fall die Compensation gegen den Ceßionarius nicht zulassen. Wollte man gleich dagegen erinnern, daß hier alsdann doch der Ceßionarius leiden würde, wenn er sich nachher wegen der ihm abgetretenen Forderung, die er jetzt nicht einklagen kan, an den Cedens halten sollte; so würden wir nur darauf antworten, daß dieser es lediglich sich selbst beyzumessen hat, wenn er hierin nicht vorsichtiger gehandelt, und daher auch immer eher den Schaden tragen muß, als ein anderer, dem auf keine Art das geringste Versehen beygemessen werden kann, und der also blos durch das Factum eines Dritten hier den Schaden leiden würde.

Sieben und vierzigste Meditation.

Ein Erbe kann der Regel nach immer die Quarta falcidia abziehen, aber nicht wenn es ihm vom Testirer ausdrücklich verboten ist.

§. 1.

Justinian hat zuerst in der Novelle 1. Kap. 2. dem Testirer erlaubt, seinem Erben den Abzug der Quarta falcidia zu verbieten. Im Anfange stand dieses dem Testirer nicht frey, sondern der Erbe war berechtiget, sich seines Rechts zu bedienen, wenn er sich desselben auch gleich durch einen mit dem Testirer geschlossenen Vertrag begeben hatte a). Justinian hat also das alte Recht gänzlich aufgehoben; aber nur allein in dem Fall, wenn der Testirer **ausdrücklich** den Abzug der Quarta falcidia verboten hat. Es entsteht hiebey nun die Frage: ob der Erbe auch dann die Quarta falcidia abziehen könne, wenn der Testirer dieses **stillschweigend** verboten hat, z. B. wenn er gesagt, der Erbe solle die sämtlichen

a) L. 15 §. 1 ff. ad Leg. Falcid. L. 55 ff. de leg. 1.

chen Legate auszahlen, oder er solle seine Willensverordnung so befolgen, wie er vorgeschrieben rc. kurz, wenn man ohngefähr aus dem Willen des Testirers schliessen könne, daß er den Abzug der Quarta falcidia habe verbieten wollen?

Verschiedene Rechtsgelehrte b) sind hier der Meinung, daß der Erbe alsdann die Quarta falcidia nicht abziehen könne, mithin solche **stillschweigend** vom Testirer verboten werden: allein wir sind hier völlig gegenseitiger Meinung.

§. 2. Den Grund für die diesseitige Behauptung nehmen wir aus den klaren Worten der Novelle 1. Kap. 2. §. 2. und der daraus genommenen *Auth. Sed cum testator C. ad leg. Falcid.*, worin es heißt: daß der Erbe alsdenn die Quarta falcidia nicht abziehen solle, wenn ihm dieses der Testirer **ausdrücklich** verboten habe c). Durch diese Verordnung hat also Justinian

b) *Menochius* Lib. 3. conf. 374. n. 14. et de praesumt. Lib. 4 praes. 198 n. 10. *Mascard* de probat. Vol. 3. concl. 1398 n. 3. *Finkelthaus* obs. 120. *Clarus* sent. Lib. 3. §. Testamentum qu. 62 n. 4. *Mantica* de conieсt. vlt. vol. Lib. 9. tit. vlt. *Coccеii* I. C. tit. ad leg. Falcid. qu. 9.

c) *Nov. cit.* — Si vero *expressim* designauerit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est, testatoris valere sententiam.
Auth. cit. Sed cum testator hoc *expressim* vetuit, non ignarus, quis modus sit sui patrimonii, cessat Falcidia.

man die åltern Geseke, worin dieses nicht erlaubt ist, in so weit aufgehoben, und deswegen müssen wir diese auch hier besonders zum Grunde legen. In dieser neuern Verordnung wird aber nur allein des Falls gedacht, wenn der Testirer **ausdrücklich** dem Erben den Abzug der Quarta falcidia untersagt hat, von dem Falle aber, wenn dieses etwa aus dem Willen des Testirers könnte pråsumirt werden, nichts erwåhnt. Unsere Meinung gründet sich daher lediglich in den klaren Worten der Geseke, und hiebey sind wir auch schuldig, so lange stehen zu bleiben, bis man uns des Gegentheils gehörig überführt, und gezeigt hat, daß man diese Verordnung auch weiter, als die Worte derselben gehen, ausdehnen dürfe.

§. 3. Wir zweifeln, daß uns dieses die Gegner durch Gründe werden zeigen können, eines Theils weil die angeführte Novelle hier eine Verånderung der åltern Geseke vorgenommen hat, und daher stricte muß erklårt, und nicht nach Gefallen darf ausgedehnt werden; andern Theils, weil in dem Fall, wenn man Pråsumtionen und Vermuthungen zulassen wollte — welches doch geschehen muß, wenn **stillschweigend** die Quarta falcidia dürfte verboten werden — man leicht in die Gefahr kommen könnte, den Willen des Testirers zum Nachtheil des Erben auszulegen, und ihm ungerechter Weise dasjenige zu nehmen, was ihm doch sonst die Geseke ausdrücklich zugestanden haben. Doch wir wollen gleich

die Gründe selbst, welche die Gegenseite unserer Meinung entgegenstellet, einer kurzen Prüfung unterwerfen.

§. 4. Sie glauben, daß Justinian unter dem in der Novelle gebrauchten Ausdruck: *expressim designauerit*, nicht allein verstanden habe, daß der Testirer mit ausdrücklichen Worten den Abzug der Quara falcidia müsse verboten haben, sondern daß auch hierunter zu verstehen sey, wenn aus dem Willen des Testirers dieses könne gefolgert werden, weil dieses einem ausdrücklichen Verbot immer gleich sey. Allein wir läugnen dieses im gegenwärtigen Fall gänzlich ab, nicht nur aus dem, was wir im dritten §. bereits gesagt haben, sondern auch weil in der Novelle mit klaren Worten ein ausdrückliches Verbot von Seiten des Testirers verlangt wird, also auch nicht blos allgemeine Worte, die etwa dieses zu verstehen geben könnten, hinreichen d). Zudem wird hier auch der Erbe eines Rechts und einer Wohlthat beraubt, die ihm die Gesetze längstens zugestanden haben; in diesem Fall aber muß man die Verordnungen der Gesetze eher einschränken als ausdehnen, und besonders fällt letzteres weg, wenn aus der Ratio derselben kein Grund dazu kann hergenommen werden. Unsere Novelle aber will hier nur allein ein ausdrückliches Verbot gelten lassen. Den Grund hievon können wir bald einsehen; denn hätte hier der Gesetzgeber auch ein

d) *Menochius* de praesumt. Lib. 1. praes. 45. n. 15.

ein stillschweigendes Verbot, bloße Vermuthungen und Präsumtionen, die man aus dem Willen und Reden des Testirers nimmt, gelten lassen wollen: so würde dieses nicht nur zu vielerley Streitigkeiten und unrichtigen Auslegungen der Worte Anlaß gegeben haben, sondern der Erbe würde auch nie wegen seiner Quarta sicher gewesen seyn. Ist es nicht ein leichtes, den Worten eines andern eine zweifelhafte Deutung zu geben? und that daher der Gesetzgeber nicht weislich, daß er hier, um allen Streitigkeiten vorzubeugen und dem Erben zu sichern, ein ausdrückliches Verbot des Testirers allein zuließ? Wir wollen annehmen, der Testirer hätte seinem Erben auferlegt, die Legate, so wie er sie gemacht, völlig auszuzahlen; in diesem Fall würde nach der Gegner Meinung der Erbe die Quarta nicht abziehen können, weil aus dem Worte **völlig auszahlen**, sich der gegenseitige Wille des Testirers genug ergeben würde. Nach unserer Meinung aber würde dieses nicht hinreichend seyn; denn unter dem Ausdruck, **völlig auszahlen**, kann man auch eben so gut verstehen: der Erbe soll die Legate völlig auszahlen, so weit nämlich, daß er seine Quarta rein für sich hat. Diese Auslegung ist auch desto wahrscheinlicher, je gewisser es ist, daß der Testirer, wenn es seine Absicht gewesen wäre, dem Erben seine ihm zustehende Rechte und Wohlthaten zu nehmen, seinen Willen gewiß deutlicher würde ausgedrückt haben. und hat er dieses nicht gethan, so muß man auch

nach

nach den Gesetzen immer eher die gelindere Meinung annehmen e).

§. 5. Die Gegner führen ferner an, man müsse doch immer auf den Willen des Testirers hauptsächlich Rücksicht nehmen, und dieser müsse auch allein befolgt werden. Deswegen sey ja eigentlich auch die Lex Falcidia gegeben, damit der letzte Wille des Testirers desto besser in Erfüllung gebracht würde. Dieses aber geschähe nicht, wenn ein stillschweigendes Verbot des Testirers, die Quarta falcidia abzuziehen, nicht gelten sollte.

Wir können diesem Grunde nicht nur die Verordnung der angeführten Novelle entgegenstellen, sondern wir können auch nur darauf antworten, daß der Wille des Testirers nicht aus Präsumtionen und Vermuthungen, sondern aus dessen Worten muß erklärt werden, weil wir uns sonst immer in dem Fall befinden, dem Willen des Testirers eine unrichtige Deutung zu geben. Denn wer ist uns Bürge, daß der Testirer bey seinem letzten Willen eben die Gedanken gehabt habe, die wir nur blos daraus präsumiren können? wenigstens können wir doch nicht mit Gewißheit sagen, daß wir hierin mit seinem Willen völlig übereinstimmen werden. Denn da er die Quarta falci-

e) L. 56 et 192 ff. de reg. iur.

falcidia nicht ausdrücklich verboten, so müssen wir doch immer zu Präsumtionen unsere Zuflucht nehmen; und diese bringen uns doch nie zu einer unbezweifelten Gewißheit.

§. 6. Die Gegner werden dawider zwar einwenden, daß sie nur in dem Fall dem Erben den Abzug der Quarta falcidia untersagten, wenn dieses aus den Willen des Testirers deutlich zu ersehen sey. Allein alle die Fälle, die sie gemeiniglich anführen, und worin die Quarta keine Statt haben soll, sind doch so beschaffen, daß sie eben so gut eine entgegengesetzte Erklärung zulassen. Der Testirer kann immer darunter verstanden haben *salua quarta;* und daß dieses sey, wird um desto wahrscheinlicher, wenn wir nur das in Erwägung ziehen wollen, was wir bereits oben gesagt haben.

§. 7. Entlich setzen uns noch die Gegner die Verordnung der Novelle 19. Kap. 11. entgegen, woraus sie zu erweisen suchen, daß stillschweigend vom Testirer die Quarta falcidia könne untersagt werden, da hierin selbst ein Fall festgesetzt, worin dieses geschehen sey. Allein wir stellen dieses gänzlich in Abrede; und es wird auch nicht schwer seyn, dieses zu erweisen.

Justinian sagt in dieser Novelle: daß von einer legirten unbeweglichen Sache, die der Testirer ausdrücklich zu veräußern verboten hätte,

die Quarta falcidia vom Erben nicht solle abgezogen werden f). Er bestimmt also in diesem Gesetz wieder einen besondern Fall, in welchem der Erbe seine ihm sonst zustehende Quarta nicht abziehen kann. Diesen besondern Fall aber kann man nicht dahin ausdehnen, daß es dem Testirer immer frey stehe, auch stillschweigend den Abzug der Quarta falcidia zu verbieten; denn hier ist dieses ja gar nicht stillschweigend untersagt, da allein aus der Verordnung dieses Gesetzes jenes Verbot, die Quarta abzuziehen, herrühret.

Wie unrichtig legen daher die Gegner dieses Gesetz, das blos einen speciellen Fall enthält, aus? und wie unschicklich wenden sie es auf unsere Streitfrage an, die daraus so wenig kann entschieden werden? Die diesseitige Meinung, die sich in so klaren Worten der Gesetze gründet, hat also ungemein vieles vor jener voraus, und selbst auch das Ansehen der größten Rechtsgelehrten g) auf

f) Si quando autem aliquis testamentum faciat, et aliquam rem immobilem suae familiae, aut alteri cuicunque personae nomine legati reliquerit, et specialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari, sed aut apud heredes, aut apud successores illius, cui relicta est, permanere: in hoc legato iubemus falcidiam legem locum penitus non habere, quoniam alienationem eius testator ipse prohibuit.

g) *Fachineus* Lib. 5. controv. cap. 13. *Hahn* ad Wesen-

auf ihrer Seite; daher wir denn auch dieser vor jener immer eher Beyfall geben müssen.

Acht und vierzigste Meditation.

Ein Erbe, der mit einem Fideicommiß beschweret ist, verliert die Quarta trebellianica nicht, wenn er gleich kein Inventarium gemacht hat.

§. 1.

Es giebt gewisse Fälle, in welchen der Erbe, der mit zu vielen Legaten beschweret ist, die Quarta falcidia nicht abziehen kann; und unter diese rechnen die Gesetze auch a), wenn der Erbe über den Nachlaß des Erblassers kein Inventarium gemacht hat. Die Rechtsgelehrten sind hierüber einig, und machen auch wider diese Verord-

Wesenb. tit. ad leg. Falcid. n. 8. *Struv* ex. 36. §. 6. *Brunnemann* Cent. 1. dec. 61. n. 4. et in comment. ad ff. ad L. 15. n. 1 ff. ad Leg. Falcid. *Berlich* P. 2. dec. 272. *Carpzov* Lib. 6. resp. 30. et P. 3 const. 1 def. 13. *Stryk* caut. test. Cap. 22 membr. 1 §. 5 sqq. ibiq. all.

a) Nov. 1. cap. 1. cap. 2. §. 2. Auth. Sed cum testator C. ad leg. Falcid.

nung keinen Zweifel: allein ein andrer Zweifel entsteht, ob auch ein Erbe, der mit einem Fideicommiß beschweret ist, die Quarta trebellianica verliert, wenn er über den Nachlaß des Erblassers kein Inventarium gemacht hat?

§. 2. Einige, besonders von den ältern Rechtsgelehrten, machen bey Auflösung dieser Streitfrage verschiedene Distinctionen. Viele sehen darauf: ob ein fremder Erbe, oder der Sohn des Testirers die Erbschaft einem Dritten restituiren muß; andere, ob der Erbe nach einiger Zeit erst, oder gleich nach dem Tode des Testirers die Erbschaft einem Dritten restituirt hat: in den erstern Fällen soll der Erbe nach ihrer Meinung, die Quarta trebellianica verlieren, wenn er kein Inventarium gemacht hat; in den letztern Fällen aber nicht. Ohne uns jedoch bey der Untersuchung über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser gemachten Distinctionen zu verweilen, wollen wir nur die beyden andern sich völlig entgegenstehenden Meinungen: ob nämlich der Erbe der Quarta trebellianica verlustig werde, wenn er kein Inventarium gemacht, oder ob sie ihm demohngeachtet unbenommen bleibe? in eine nähere Erwägung ziehen, und untersuchen.

§. 3. Nach unserer Meinung, der auch verschiedene Rechtsgelehrte b) beypflichten, kann ein,

b) *Gail* Lib. 2. obs. 138. *Mynsinger* cent. 3. obs.

ein, mit einem Fideicommiß beschwerter Erbe dadurch nicht die Quarta trebellianica verlieren, wenn er kein Inventarium über des Erblassers Nachlaß gemacht hat. Wir behaupten dieses aus verschiedenen Gründen. Eines Theils finden wir in unserm Gesetzbuch keine Verordnung, durch welche der Erbe der Quarta trebellianica in diesem Fall für verlustig erklärt wäre; andern Theils aber haben wir noch verschiedene Gründe, nach welchen wir auch jene Verordnung in Ansehung der Quarta falcidia nicht auf unsern Fall ausdehnen dürfen, und wegen der Verschiedenheit, die unter beyden Fällen eintrit, auch nicht einmal ausdehnen können.

§. 4. Ist es wahr, daß wir in unserm Gesetzbuch keine ausdrückliche Verordnung finden, nach welcher der Erbe seiner Quarta trebellianica für verlustig erklärt wird, wenn er kein Inventarium gemacht hat, — welches uns die Gegner selbst zugeben müssen — so erhält dadurch die diesseitige Meinung schon gleich einen großen Vorzug vor der gegenseitigen. Dürfen wir in solchen Fällen, wo es besonders auf den

obs. 60. *Brunnemann* ad L. fin. C. ad leg. Falcid. n. 66. *Perez* ad C. tit. de iure deliber. n. 14. *Fachineus* controv. iur. Lib. 4. cap. 38. *Hottomann* observ. Lib. 5. cap. 20. *Christinaeus* Vol. 1. dec. 317. Vol. 4. dec. 31. *Cocceii* I. C. lib. 28. tit. 8. qu. 5.

Verlust eines Rechts ankommt, Gesetze von einem Fall nicht auf den andern ziehen, wenn nur irgend eine Ungleichheit unter beyden da ist, und sich beyde nicht genau mit einander verbinden lassen; müssen wir hingegen solche Gesetze immer eher einschränken als ausdehnen, und auf das billigste erklären c): so verliert dadurch die gegenseitige Meinung schon viel, wenn sie ihren Grund auf keine besondere Verordnung der Gesetze bauen kann. Und daß sie dieses nicht kann, werden wir hernach zu zeigen Gelegenheit haben.

§. 5. Wir wollen jetzt nur noch einige Gründe anführen, aus welchen wir zu beweisen suchen, daß man jene Verordnung in Ansehung der Quarta falcidia nicht auf unsern Fall ausdehnen dürfe und könne. Wir werden dieses nicht besser zeigen können, als wenn wir nur einige Verschiedenheiten unter beyden anführen.

Die Quarta falcidia zieht der Erbe ab, welcher mit so vielen Legaten beschweret ist, daß er nicht den vierten Theil für sich rein hat. Er muß daher auch um so eher ein Inventarium über des Erblassers Nachlaß machen, damit man daraus sehen kann, ob er den ihm zukommenden vierten Theil für sich habe. Mit einem Erben, der mit einem Fideikommiß beschweret, verhält sich

c) L. 155 §. 2 ff. de reg. iur.

sich dieses aber ganz anders: denn dieser zieht die Quarta trebellianika nicht von einzelnen Vermächtnissen, sondern von der ganzen Erbschaft ab; es kann also durch das Inventarium, nicht wie bey der Quarta falcidia, erwiesen werden, ob er den vierten Theil rein für sich hat. Der Fiduciarius kann immer die Quarta trebellianika abziehen, wenn er die ganze Erbschaft restituiren muß.

§. 6. Ferner wird ein wahrer Erbe durch das beneficium inuentarii gesichert, daß er nicht mehr zu bezahlen braucht, als die Erbschaft beträgt. Hat er sich dieser ihm von den Gesetzen zugestandenen Wohlthat nicht bedient, so macht er sich dieser selbst verlustig, und muß daher alle Schulden und Vermächtnisse auch völlig auszahlen; er kann daher von den Legaten auch nicht mehr die Quarta falcidia abziehen. Bey demjenigen, der die ganze Erbschaft wieder restituiren muß, fällt dieses aber weg; denn hier werden die Schulden erst von der ganzen Erbschaft bezahlt, und demnächst das übrige nach Abzug der Quarta trebellianika dem Fideikommissarius restituirt.

§. 7. Endlich zieht sich ein Erbe, der kein Inventarium gemacht hat, auch weit eher einen Verdacht zu, daß er etwas untergeschlagen habe d), wenn er noch nachher die Quarta falcidia

d) Nov. 1. cap. 2. pr. — et non per ea, quae forte

dia von den Legaten abziehen will. Denn man kann immer vermuthen, daß der Testirer auch so viel im Vermögen gehabt habe, als er Legate ausgesetzt, die völlig können ausbezahlt werden. Will dieses der Erbe daher in Abrede stellen, so muß er es durch das Inventarium erweisen. Mit den Fideicommissen aber verhält es sich ganz anders; denn hiebey kann man Unterschleife so bald nicht vermuthen, da von der ganzen Erbschaft die Quarta trebellianica abgezogen wird. Es kann hier auch das Inventarium keinen Beweis abgeben, ob der Erbe die Quarta trebellianica auch habe abziehen dürfen; denn diese wird immer abgezogen, wenn die ganze Erbschaft restituirt wird.

§. 8. Durch diese hier kurz bemerkte Verschiedenheit unter beyden Quarten haben wir zugleich schon einige Einwürfe der Gegner e) gehoben, die wir hier jetzt nur blos anzuführen brauchen. Sie glauben, die Verordnung der Novelle in Ansehung des Verlusts der Quarta falcidia

forte subripiunt, aut malignantur, introducere pertentent Falcidiam, cum vtique si nihil malignati essent, non forte competeret.

e) *Vinnius* sel. iur. qu. Lib. 2. cap. 28. *Struv* ex. 36. §. 33. n. 3. *Schilter* ex. 40. §. 25. *Engelbrecht* comp. ff. tit. ad SCt. Trebell. §. 3 circa fin. *Walch* introd. in contr. iur. Sect. 2. cap. 4. membr. 2. §. 48.

cidia gienge auch auf die trebellianica, weil hier derselbe Grund einträfe, als bey jener; ferner würde unter dem Namen Falcidia auch die Trebellianica begriffen, und daher sey das auch bey der einen Rechtens, was bey der andern Rechtens sey ꝛc. Mit Uebergehung dieser Einwürfe, und Verweisung auf das, was wir oben schon gesagt haben, wollen wir jetzt zur Prüfung der noch übrigen gegenseitigen Gründe eilen.

§. 9. Aus der Novelle selbst, und zwar aus den Worten des 2ten §. wo es heißt: *sed complebit legatarios et fideicommissarios*, nehmen sie einen Hauptgrund für ihre Meinung. Sie glauben, weil hier von Fideicommissarien die Rede sey, so müsse man unter dem Ausdruck Falcidia auch immer die Trebellianica mit verstehen, besonders da oft beyde Wörter synonymisch genommen würden.

Allein daß hier nicht von fideicommissis vniuersalibus, und von der Quarta trebellianica, sondern von fideicommissis particularibus und von der Quarta falcidia die Rede sey, wird aus mehrern Stellen dieser Novelle, und selbst durch die folgenden Worte deutlich: sed complebit legatarios et fideicommissarios: licet purae substantiae morientis transcendat mensuram *legatorum* datio; ferner aus dem Anfang des ersten §. Fiat igitur inuentarium ab herede, metuento ne forte non habeat, post debita et *legata*,

Falcidiam etc. Der ganze Zusammenhang dieser Novelle sowohl, als auch weil der Fiduciarius nur schuldig ist, so viel dem Fideikommissarius auszuliefern, als die Erbschaft enthält, und auch über die Erbschaft nichts zu bezahlen braucht, zeigt es daher deutlich, daß hier allein nur von der Quarta falcidia die Rede sey: und dies erkennen auch die meisten von der Gegenseite; sie wollen deswegen auch nur blos aus der Analogie diese Verordnung auf unsern Fall geltend wissen. Allein daß dieses nicht angehe, haben wir schon oben gezeigt.

§. 10. Einen andern Grund nehmen die Gegner daher: Weil der Erbe, der die Erbschaft restituiren muß, auch verbunden ist, dem Fideikommissarius Rechnung abzulegen, so glauben sie, müsse er auch ein Inventarium machen, da hieraus die Richtigkeit der Rechnung am besten könne beurtheilt werden. Dieses ist wahr: allein daraus folgt noch nicht, daß er deswegen seine Quarta verliert. Hat er kein Inventarium gemacht, so ladet er freylich große Verantwortung auf sich, und der Fideikommissarius hat das Recht, die strengste Nachfrage zu thun, und sich allen dadurch erlittenen Schaden ersetzen zu lassen: allein dies giebt doch noch keinen Grund zur gegenseitigen Behauptung, daß der Erbe auch deswegen zugleich seiner Quarta sollte verlustig werden. Beydes hängt nicht so genau zusammen,

daß

daß man von dem einen auf das andere eine richtige Folge ziehen könnte.

§. 11. So wenig Grund der vorige Einwurf hat, so wenigen hat auch dieser: daß nämlich die Quarta falcidia und trebellianika einander gleich geachtet würden, und wo jene nicht dürfte abgezogen werden, da dürfte es auch diese nicht.

Dies ist völlig richtig; und selbst das gegenseits angeführte Gesetz f) sagt dieses auch gar nicht. Denn höchstens kann man nur sagen, wenn vermöge des Testaments eine Quarta nicht darf abgezogen werden, z. B. wenn sie ausdrücklich vom Testirer verboten ist, daß sie alsdann einander gleich geachtet werden; nicht aber, wenn sie durch die Gesetze den Erben genommen wird, wie im gegenwärtigen Fall, wenn der Erbe kein Inventarium gemacht hat. Er kann alsdenn nicht die Falcidia, wohl aber die Trebellianika abziehen; und hier gilt nicht das, was von der einen Quarta gilt, auch von der andern.

§. 12. Wir hoffen, daß wir hier genug, und zwar die erheblichsten Einwürfe gegen unsere Meinung werden angeführt haben, und daher die übrigen noch minder erheblichen ganz werden vorbeylassen können. Wir wollen nur noch dies erinnern, daß die gegenseitige Meinung, wenn man blos auf die Ratio jenes Gesetzes, welches nur

f) L. 3 §. 1 ad SCtum Trebell.

nur allein von der Quarta falcidia redet, Rücksicht nimmt, vielleicht einigen Anschein der Richtigkeit erhalten mag: allein da ihr doch eine specielle Verordnung der Gesetze fehlt, worin sie sich nur einigermaßen gründen könnte, so verliert sie auch um desto mehr dadurch von ihrem Ansehen. Denn dürfen wir, wie schon oben erinnert worden, solche Gesetze, die eine Strafe mit sich führen, und auf den Verlust eines Rechts abzwecken, nie ausdehnen, sondern vielmehr einschränken; können wir beyde Fälle in Ansehung der Quarta falcidia und trebellianica nicht so genau verbinden, daß alles das, was sich von der einen behaupten ließe, auch bey der andern statt fände; müssen wir endlich, unpartheiisch zu urtheilen, zugeben, daß wirklich große Unterschiede unter beyden da sind: so gewinnt unsere Meinung dadurch schon so viel, daß, da hier die Gesetze nichts gewisses entscheiden, wir auch immer eher die billigere Meinung der strengern den Vorzug geben und beypflichten müssen.

Neun und vierzigste Meditation.

Ein eidliches Versprechen, eine Schuld zu bezahlen, schließt die Compensation nicht aus.

§. 1.

Wir können uns hier zwey Fälle gedenken: entweder ist zu der Zeit, da jemand eidlich versprochen hat, eine Schuld zu bezahlen, schon unter beyden eine wechselseitige Schuld da gewesen; oder solche ist erst nachher entstanden. In beyden Fällen glauben wir, daß die Compensation statt habe; nur setzen wir zum voraus, daß der Schuldner durch seinen Eid nicht eine baare Bezahlung in Gelde versprochen hat. Hier würden wir auch die Compensation nicht zulassen: eines Theils weil sonst offenbar wider die Intention der Partheien gehandelt werden würde; andern Theils weil es auch einem jeden freysteht, sich dieses Rechts, nämlich der Compensation, zu begeben.

§. 2. Wir setzen hier also zum voraus, daß einer nur schlechtweg eidlich versprochen hat, zu bezahlen; und in dem Fall lassen wir die Compensation zu, wenn auch gleich zur Zeit des geleisteten

steten Eides schon eine wechselseitige Schuld und Forderung da gewesen ist. Wir können freylich zur Begründung unsers Satzes keine specielle Verordnungen der Gesetze aufweisen, worin ausdrücklich unsere Meinung festgesetzt wäre — so wenig wie dieses die Gegner können — allein wir hoffen dennoch unsern Satz außer allen Zweifel setzen zu können.

Die Gesetze haben in verschiedenen Stellen a) der baaren Bezahlung und Compensation gleiche Wirkung beygelegt, und halten es für eins, ob einer seinen Gläubiger in baaren Gelde bezahlt, oder mit ihm kompensirt b). Hat also nun gleich jemand eidlich versprochen zu bezahlen, so erfüllt er auch schon dadurch sein eidliches Versprechen, wenn er mit seinem Gläubiger, der zugleich sein Schuldner ist, kompensirt; denn hiedurch macht er sich eben so gut von seiner Schuld frey, — welches doch die Absicht des Eides war, — als wenn er wirklich bezahlt. Es wird daher durch die Compensation auf keine Weise so wenig wider den Eid, als wider den Willen der Partheien gehan-

a) L. 2 ff. de compensat. L. 19 ff. de liber. cauf. L. 76 ff. de verb. sign.

b) L. 4 ff. qui pot. in pign. — creditumque pensauerit cum pretio rei venditae: dicendum est, perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset. Nec enim interesse soluerit, an pensauerit.

handelt. Doch dieses werden wir unten bey Widerlegung der gegenseitigen Gründe noch näher zeigen.

§. 3. Es würde auch in der That hier eine baare Bezahlung ohne allen Nutzen für den Gläubiger, dem die Bezahlung eidlich versprochen ist, seyn. Denn, würde ihm auch gleich in baarem Gelde bezahlt, so wäre er doch verbunden, dieses Geld an seinen jetzigen Gläubiger wieder herauszugeben, da ihm diese Schuld gar nicht mehr zusteht. Sie war nämlich schon getilget, als von beyden Seiten eine wechselseitige Schuld und Forderung da war.

Wir setzen hier aber die Haupterforderniß einer jeden Compensation voraus, nämlich eine liquide Forderung von beyden Seiten, sonst möchte dieser Satz oft keine Anwendung finden.

Ist also wirklich keine Schuld mehr da, so hat auch der andere kein Recht mehr diese einzufordern; und wollte er sie doch einfordern, so würde er offenbar hinterlistig und boshaft handeln. In diesem Fall aber würde es ungerecht seyn, ihn hier wider die Gesetze zu begünstigen c).

§. 4.

c) Unserer Meinung treten bey *Harprecht* ad I. tit. de action. §. 30 n. 19. *Fachineus* contr. iur. L. 1. cap. 7. *Ludovici* de iuramento compensationem non excludente. *Hunnius* ad Treutler.

§. 4. Die diesseitige Meinung soll nach dem Urtheil der Gegner d) so wohl offenbar wider den Eid selbst, als auch wider die Intention und den Willen der Contrahenten laufen. Allein wir leugnen beydes. Wider den Eid geht sie nicht; denn so bald jemand compensirt, so bezahlt er, wie aus dem im zweyten §. angeführten Gesetzen bekannt ist: also erfüllt er auch dadurch seinen Eid. Ueberdem wird hier durch den Ausdruck **bezahlen**, da nicht ausdrücklich **in baarem Gelde** dabey steht, eine Befreyung von seiner Schuld verstanden; diese erfolgt also auch, so bald jemand compensirt. — Wider die Intention der Contrahenten geht die diesseitige Meinung nicht; denn es kann auch dieser Eid in einer ganz andern Absicht gefordert und geschworen seyn, z. B. daß man keine Einwendungen wider die Richtigkeit der Schuld machen, und also zu seiner Zeit bezahlen wolle. Auch kann es seyn, daß derjenige, der den Eid geschworen, nicht an die Compensation gedacht habe, oder daß sie ihm auch gar nicht bekannt gewesen ist. Auf keine Weise läuft sie also wider die Intention der Par=

ler. Vol. 1. disp. 25. qu. 27. *Coccei* I. C. tit. de compens. qu. 1.

d) *Seraphin de Seraphinis* de priuil. iurament. priu. 74. n. 38. *Maestertius* de compensat. qu. 2. *Bachov* Vol. 1. disp. 25. th. 11. lit. a. *Lauterbach* coll. theor. pract. tit. de comp. §. 6. *Walch* controv. iur. Sect. 3. cap. 8. §. 4.

Partheien, wenn nicht ausdrücklich **in baaren Gelde** zu bezahlen versprochen ist.

§. 5. Allein wenn uns gleich diese Gründe nicht entgegenstehen, so giebt es doch noch andere, die dem ersten Anschein nach von größerer Erheblichkeit zu seyn scheinen. Wir wollen sie nach der Reihe anführen. Die Gegenseite bezieht sich besonders auf einige Verordnungen des geistlichen Rechts e), woraus sie ihre Meinung zu beweisen sucht. Allein bey einer kurzen Prüfung dieser Stellen wird es sich bald zeigen, wie wenig sie von gegenwärtigem Fall reden, und wie unschicklich sie darauf angewendet werden.

Das Kap. 7. *X. de iureiur.* sagt, daß ein Schuldner, der seinem Gläubiger zur Benutzung ein Pfand gegeben, und dabey eidlich versprochen, nicht eher dieses Pfand wieder zu fordern, bis er das Capital bezahlt habe, nicht das Capital mit den von dem Gläubiger gehobenen Früchten compensiren könne. Der Grund davon liegt darin, theils weil die gehobenen Früchte sich nicht so hoch beliefen, als das Capital, wie aus dem Inhalt dieses Kapitels zu ersehen ist; theils weil hier in Ansehung der Früchte noch kein debitum liquidum war, da erst die Kosten noch von den gehobenen Früchten mußten abgerechnet werden, also

e) Die Hauptstellen sind das Cap. 7 und 6. X. de iureiur.

also auch die Compensation mit dem Capital als eine liquide Schuld nicht statt finden konnte. Ueberdem ist hier auch ein ganz anderer Fall: denn der Schuldner hatte ausdrücklich geschworen, daß er nicht eher das Pfand wieder fordern wolle, bis er das Capital bezahlt habe f). Er mußte also nach diesem Eide auch nothwendig bezahlen, wenn er nicht seinem Versprechen gerade entgegen handeln wollte.

§. 6. Noch weniger, wie das vorige Kapitel, enthält das Kap. 6. *X. de iureiur.* etwas von diesem Fall. Es heißt darin: wenn jemand seinem Gläubiger unerlaubte Zinsen eidlich versprochen hat, so soll er zwar die Zinsen wegen seines geleisteten Eides bezahlen, der Gläubiger aber soll auch nachher verbunden seyn, sie ihm wieder herauszugeben.

Die Ursache hievon ist, damit so wohl der Schuldner seinem geleisteten Eide ein Genüge leiste, wenn er die Zinsen bezahlet, als auch der Gläubiger nicht unerlaubte Zinsen genieße, wenn er sie nachher wieder herausgeben muß.

Wie

f) — — quasdam ab eis possessiones et reditus recepit in pignore, ipsos iuramenti religione adstringens, quod super illis, donec soluerent sibi pecuniam, nullum ei grauamen inferrent.

Wie wenig läßt sich aus dieser Verordnung eine Anwendung auf gegenwärtigen Fall ziehen, da beyde in gar keine Vergleichung mit einander können gestellt werden, und hier auch gar nichts von der Compensation erwähnt wird!

Man könnte vielleicht dagegen erinnern, daß hier doch zwischen den versprochenen Zinsen und dem schuldigen Capital die Compensation sonst hätte gebraucht werden können, wenn hier nicht der Eid, die Zinsen zu bezahlen, im Wege gestän- den hätte. Allein dieses können wir nicht behaupten, da hier nach der Verordnung dieses Kapitels gar nicht einmal in Ansehung der Zinsen ein Debitum da war: denn der Gläubiger behielt ja die Zinsen nicht, sondern er mußte sie gleich wieder herausgeben. Es fehlt hier also die Haupterforderniß einer jeden Compensation.

§. 7. Dies sind ungefähr die Hauptgründe der Gegner, die höchstens einer Widerlegung werth sind; die übrigen, deren noch eine ziemliche Anzahl ist, können wir hier füglich übergehen. Denn wer sollte wohl ihre Schwäche nicht gleich einsehen, wenn man sie nur blos anführet? Wie können auch die meisten davon zugeben, ohne unserm Satz zu widersprechen, z. B. daß man einen Eid halten müsse, daß man einen Eid nicht nach Gefallen ändern dürfe, daß der Eid stricti iuris sey, daß beym Depositum die Compensation

nicht statt fände, und dergleichen: denn sie sind in der That von keiner Erheblichkeit für die gegenseitige Meinung, besonders wenn wir hier nur aus dem vorhergehenden zum voraussetzen, daß durch die Compensation dem eidlichen Versprechen, eine Schuld zu bezahlen, immer ein Genüge geleistet wird, wenn nur die Schuld nicht in baarem Gelde abzutragen ausdrücklich versprochen ist.

Funfzigste Meditation.

Der Niesbrauch, welchen der Vater an dem Pflichttheil seiner Kinder hat, den sie aus der mütterlichen Erbschaft erhalten, kann ihm durch ein von der Mutter errichtetes Testament nicht genommen werden.

§. 1.

Die Gesetze a) schreiben dem Vater an dem peculio aduentitio ordinario seiner Kinder den Niesbrauch zu, nur in gewissen und in den Gesetzen bestimmten Fällen machen sie von dieser Regel eine Ausnahme. Zu dieser Ausnahme gehört

a) L. 6. C. de bon. quae liber.

hört auch der Fall, wenn die Mutter in ihrem Testament verordnet, daß ihr Mann an dem Theil, welchen sie ihren Kindern über den Pflichttheil vermacht, den Niesbrauch nicht haben solle.

Es entstehet aber hiebey die Frage: kann die Mutter auch in ihrem Testament dem Vater den Niesbrauch, der ihm an dem Pflichttheil seiner Kinder zustehet, auf eine rechtsbeständige Weise nehmen? Viele Rechtsgelehrte b) sind dieser Meinung: viele halten aber auch ein solches Verbot für völlig ungültig c).

§. 2. Bey Entscheidung dieser Streitfrage wird es vornehmlich auf den richtigen Verstand der Nov. 117. Kap. 1. d) ankommen, worin

b) *Berlich* part. 1. dec. 137. *Heigius* part. 2. qu. 12. *Mevius* part. 7. dec. 356.

c) *Pagenstecher* Irner. iniur. vap. coit. 10. §. 7. *Fachineus* libr. 5. contr. 21. *Struv* ex. 12. §. 5. *Stryk* V. M. tit. de vsufr. §. 5. *Cocceii* I. C. tit. de pec. qu. 10. *Berger* oecon. iur. lib. 2. tit. 2. §. 33. not. 7. *Leyser* sp. 92. med. 1.

d) Sancimus igitur licentiam esse et matri et auiae, aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem, quae lege debetur: quod reliquum est suae substantiae siue in solidum voluerint, siue in partem, filio vel filiae, nepoti vel nepti, et deinceps descendentibus donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac conditione et definitione, si voluerint, *vt pater aut*

diese Materie entschieden ist. Die in dieser Novelle enthaltene Verordnung ist an sich selbst klar genug, da ausdrücklich darin gesagt wird, daß die Mutter oder Großmutter an demjenigen Theil, welchen sie ihren Kindern über den Pflichttheil hinterlassen, dem Vater den Niesbrauch nehmen könne. Der Entscheidungsgrund liegt darin, weil Eltern ihren Kindern nichts mehr als den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig sind, also auch ihr übriges Vermögen einer fremden Person hinterlassen, und frey darüber disponiren können. Aus diesem in der Novelle angehängten Entscheidungsgrund fließt die Folge für unsere Meinung natürlicher Weise, daß der dem Vater an dem Pflichttheil zustehende Niesbrauch ihm auf keine Weise genommen werden könne. Denn ist es wahr, daß Eltern den Pflichttheil ihrer Kinder keiner fremden Person hinterlassen können, so können wir auch jenen Entscheidungsgrund, wie einige haben thun wollen e), nicht auf den Pflichttheil ziehen.

§. 3. Selbst der von unsrer Meinung abweichende **Berlich** muß zugeben, daß dieses Gesetz

aut qui omnino eos habent in potestate, in his rebus neque vsumfructum neque quodlibet habeant participium. Haec enim et extraneis relinquere poterant, vnde parentibus nulla vtilitas nasceretur. Hoc itaque non solum parentibus, sed etiam omni personae licere praecipimus.

e) *Vasquius* de success. creat. part. 1. Lib. 1. §. 10. n. 234.

setz seiner Meinung gerade entgegenstehe, und unsre den Gesetzen angemessen sey: blos die Autorität der Glosse, der er ein grösseres Ansehen als den Gesetzen selbst beylegen will, hindert ihn, unsrer Meinung beyzupflichten. Allein die Glosse mag behaupten was sie will, so lassen wir uns von derselben nicht irre machen: denn wo die Gesetze deutlich entscheiden, da kann auch keine dem Gesetz entgegenstehende Glosse dem Gesetz etwas von seinem Ansehen benehmen f).

§. 4. Hiernach können wir leicht die übrigen Einwürfe der Gegner beantworten. Das Häuptargument für ihre Meinung liegt in der *Auth. excipitur C. de bon. quae liber.* g), worin ganz generell gesagt wird, daß der Vater an den Sachen seiner Kinder den Niesbrauch nicht habe, wo er ihm genommen sey. Ohne uns hier auf die Erklärung des **Pagenstechers** h) zu berufen, welcher behauptet, daß hier bey dem Worte *ab aliquo* ein Komma müsse gemacht werden, und daß das Wort *parentum* zu den folgenden *conditione hac adiecta* gehören, so daß die *auth.* so laute: **wenn jemand den Kindern etwas hinterläßt, und in Absicht der Eltern die Bedin-**

f) S. Med. 48. §. 6. *Gribner* de obseru. colleg. iurid. §. 2. *Gail* lib. 1. obs. 153. n. 7.

g) Excipitur, quod eis datur, vel relinquitur ab aliquo parentum, conditione hac adiecta, ne ad patrem perueniat vsusfructus.

h) Irner. iniur. vap. coit. 10. n. 5.

dingung hinzufügt, daß der Vater daran den Niesbrauch nicht haben solle, so erhält ihn auch der Vater nicht, brauchen wir nur anzuführen, daß die *authenticae* nicht anders eine gesetzliche Kraft haben, als wenn sie mit der Quelle, woraus sie hergenommen, übereinstimmen i). Wollen wir daher auch bey den Worten jener *auth.* bleiben, so können wir ihr doch nicht die Kraft eines Gesetzes beylegen, da sie von der Nov. 117 als ihrer Quelle abweicht.

§. 5. Was man sonst noch gegen unsre Meinung zu erinnern pflegt, daß nämlich durch eine solche Verordnung der Pflichttheil der Kinder nicht beschweret werde, sondern solche vielmehr zu deren Besten abzwecke, verdient keine weitläufige Widerlegung. Die Gesetze haben einmal dem Vater den Niesbrauch an den Gütern seiner Kinder zugeschrieben; so lange also kein Gesetz da ist, welches dem Vater den Niesbrauch in dem Fall abspricht, wenn die Mutter solches verordnet hat, so lange können wir auch eine solche Disposition der Muttter nicht gelten lassen, wenn sie auch gleich zum Besten der Kinder gereichen solle. Denn da hier das Recht des Vaters leiden würde, so darf man auch nicht blos auf das Beste der Kinder Rücksicht nehmen.

Ein

i) *Ritterhus* Com. ad Nou. part. 12. cap. 4. n. 8. *Duck* de autoritate iuris ciu. lib. 1. cap. 4.

Ein und funfzigste Meditation.

Das edictum diui Marci findet heut zu Tage noch Statt.

§. 1.

Das Edikt des Kaisers Markus enthält die Verordnung, daß niemand, bey Verlust seines Rechts, sich selbst Recht verschaffen solle a).

a) L. 13 ff. quod met. cauſ. Am vollſtändigſten aber iſt dieſes Edikt in der *L. 7 ff. ad leg. Iul. de vi priu.* enthalten, aus welcher wir alſo ſelbiges hier einrücken wollen. Creditores, ſi adverſus debitores ſuos agant, per iudicem id, quod deberi ſibi putant, repoſcere debent. Alioquin ſi in rem debitoris ſui intrauerint, id nullo concedente, diuus Marcus decreuit, ius crediti eos non habere. Verba decreti haec ſunt: Optimum eſt, vt ſi quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris, ille interim in poſſeſſione debet morari, tu petitor es: et cum Marcianus diceret, vim nullam feci, Caeſar dixit: Tu vim putas eſſe ſolum ſi homines vulnerentur, vis eſt et tunc, quotiens qui id, quod deberi ſibi putat, non per iudicem repoſcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati tuae conuenire, quicquam non iure facere.

Es ist dieses aber nicht die einzige Verordnung, die wir in diesem Stück im römischen Recht antreffen; nein, wir treffen dergleichen Verordnungen, wodurch alle eigne Hülfe verboten wird, in vielen Stellen an b), und alle stimmen darin überein, daß derjenige, der sich eigenmächtiger Weise Recht zu verschaffen gesucht hat, seines Rechts verlustig seyn solle.

§. 2. Der Grund dieser Verordnungen beruhet in der **Gewalt**, die einer anwendet, um sich selbst Recht zu verschaffen. Wenn wir hier aber von der **Gewalt** reden, so setzen wir dabey folgende Stücke zum voraus. Es muß **erstlich** eine wirkliche Gewalt gebraucht, **zweytens** sie muß unerlaubt seyn. Unerlaubt aber ist sie, wenn einer wissentlich und boshafter Weise, da er sich an den Richter hätte wenden können, sein eigner Richter wird. Es gehört also hier eine verstellte Gewalt nicht her; auch ist unter jenem Edikt der Fall nicht begriffen, wenn die Sache keinen Aufschub gelitten hat, so daß man außer Stand gesetzt ist,

cere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem vllam debitoris, non ab ipso sibi traditam, sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.

b) L. 3. C. Theod. vnde vi. L. 7 C. vnde vi. §. 1. I. de vi. bon. rapt. L. 10 C. vnde vi. L. 4. C. fin. reg. L. 2. C. Theod. eod. tit. Nou. 60. cap. 1. Nou. 52. cap. 1.

ist, sich bey dem Richter zu beschweren; hieher gehören die Pfändungen.

§. 3. Wie nützlich und heilsam eine solche Verordnung für den Staat sey, wird dem nicht unbekannt seyn können, der nur erwägen will, daß Ruhe und Sicherheit die größte Wohlfahrt des Staates ist, und daß Bürger eines Staats um desto glücklicher sind, je mehr sie gegen die Gewaltthätigkeiten und Angriffe anderer gesichert sind. Alle Gesetze also, die darauf abzwecken, verdienen unsern ganzen Beyfall, und die genaue Befolgung derselben ist für jeden nützlich und heilsam. Unter solchen Gesetzen verdienet auch gewiß jenes Edikt des Kaisers Markus mit Recht gezählt zu werden, und eben deswegen muß es uns unbegreiflich seyn, warum verschiedene Rechtsgelehrte c) so sehr wider den Gebrauch desselben gestritten, und demselben alle Anwendung in unsern Gerichtshöfen abgesprochen haben.

§. 4. Allein ihre Behauptung darf uns nicht irre machen; nein, wir können derselben eine

c) *Everhard* vol. 2. conf. 7. n. 8. *Voet* ad ff. tit. quod met. cauf. §. 17. *Gronnewegen* ad L. 13. ff. quod met. cauf. *Covarruvius* lib. 3. c. 16. n. 7. *Hilliger* ad Donell. lib. 15. c. 30. *Finkelthaus* obf. 24. *Perez* ad C. tit. vnde vi n. 31. *Struv* ex. 45. th. 114.

ne eben so große Anzahl der angesehensten Rechtslehrer d) entgegenstellen, die den Gebrauch jenes Edikts nicht nur gezeigt, sondern auch durch ihre Aussprüche bewiesen haben, daß in Praxi nach jener Verordnung noch immer gesprochen worden. Doch wir werden dies nicht besser zeigen können, als wenn wir hier (die in der Note d) angeführte vortreffliche Dissertation des sel. Hrn. Kanzler Böhmers zum Grunde legen, und daraus die Beweisgründe für unsere Meinung hernehmen.

§. 5. Die vornehmsten Zweifel, die uns die Gegner wider den heutigen Gebrauch jenes Edikts machen, sind diese: weil theils dasselbe zu hart, theils auch die Praxis wider dasselbe sey. Wir zweifeln aber sehr daran, ob man mit Recht dieses Edikt einer Härte beschuldigen könne. Ist es hart, ist es unbillig, den Bürger des Staats und sein Eigenthum für die Angriffe anderer zu sichern? Streitet es mit der Billigkeit, wenn durch Strafgesetze andere zurückgehal-

d) *Brunnemann* ad L. 13 ff. quod met. caus. *Mevius* part. 4. dec. 217. 218. 219. 220. part. 5. dec. 156. 351. *Philippi* vsus pr. Inst. tit. de vi bon. rapt. ecl. 12. *Stryk* V. M. tit. quod met. caus. §. 9. *Coccei* I. C. tit. quod leg. qu. 1. *Cramer* Tom. 4. obs. 1070. *Lynker* de grau. extraiud. part. 2 cap. 9 §. 44. *Boehmer* de poen. ius sibi dicentis cap. 2.

gehalten werden, ihr Recht selbst mit Gewalt gegen andre in Ausübung zu bringen? Sind nicht in jedem Staate Personen bestellt, die Recht und Gerechtigkeit handhaben, die die Unterdrückten schützen, und das gekränkte Recht eines Dritten aufrecht erhalten sollen? Ist daher auch nicht jeder verpflichtet, zu der ihm vorgesetzten Obrigkeit, in dem Fall, wenn ihn Unrecht widerfährt, oder das Seinige zurückbehalten wird, seine Zuflucht zu nehmen? Ist es nicht zuträglicher, dieser ihren Beystand anzurufen, als ein solch tumultuarisches Verfahren, wo jeder sein eigner Richter ist, zu begünstigen? Müssen nicht am Ende daraus nichts anders als traurige Folgen herfließen? Denn wer wird es dem, der von einem andern in seinem Eigenthum angegriffen wird, verdenken, wenn er alle Mittel, sich zu vertheidigen, anwendet? — Wer dies überdenkt, wird der mit Grund eine Verordnung, die denjenigen seines Rechts für verlustig erkennt, der sich selbst Recht verschaffen will, für hart und unbillig halten können?

§. 6. Der Beweis, den man von der Praxis gegen den heutigen Gebrauch jenes Edikts hernehmen will, kann uns auf keine Weise treffen, so lange der Ausspruch des Kaisers Justinian, daß man nämlich nicht nach Beyspielen, sondern nach Gesetzen richten müsse e), wahr bleibt. Wir können gleichfalls Fälle genug anführen, in wel-

e) L. 13 C. de sent. et interl.

welchen beständig nach jenem Edikt gesprochen worden, wie die von uns angeführten Rechtsgelehrten mit mehrerm zeigen; hier ist also Praxis gegen Praxis: und welcher sollen wir folgen? Die Wahl wird uns nicht schwer werden, wenn wir nur bedenken wollen, daß deren Meinung, die sich in Gesetzen gründet, derjenigen vorzuziehen sey, die davon abweicht. Doch ehe man von der Gegenseite zur Praxis seine Zuflucht nimmt, und daraus einen Beweis hernehmen will, hätte man zuvor die Präjudicialfrage ausmachen müssen, ob nämlich das römische Recht in diesem Fall von uns angenommen sey? Daß dieses nicht geschehen, oder das jenes Edikt durch andere Gesetze aufgehoben sey, liegt der Gegenseite zu beweisen ob, da wir uns hier in einem deutlichen Gesetz gründen, und so lange für die Annahme des römischen Rechts muthmassen können, bis man uns das Gegentheil zeigt.

§. 7. So wenig sind also die Gründe, deren sich die Gegenseite bedient, unserer Meinung entgegen. Um aber doch unsre Meinung außer allen Streit zu setzen, wollen wir noch mit wenigem zeigen, daß wir allerdings Grund haben, den Gebrauch und Anwendung jenes Edikts auch nach unserm heutigen Recht zu behaupten. Wir werden diesen Beweis durch folgende Stücke ersetzen können, wenn wir zeigen, daß jenes Edikt 1) der Wohlfahrt des Staates zuträglich, 2) weder

durch

durch das geistliche noch Lehnrecht abgeschafft, 3) selbst in dem alten deutschen Recht und Reichsgesetzen gegründet sey.

§. 8. Wir haben schon im fünften Para-graph von dem Nutzen dieses Edikts in Absicht des Staats und seiner Bewohner geredet. Frey-lich könnte man uns hier einwenden, daß schon durch viele Gesetze, so wohl für die Sicherheit der Bürger eines Staats selbst, als auch für de-ren Eigenthum gesorgt sey. Allein wir fragen hiebey, ob denn durch Strafgesetze ein anders Strafgesetz aufgehoben werde, wenn nicht aus-drücklich das erste durch das letzte aufgehoben wor-den, oder demselben wenigstens gerade entgegen sey? Es ist wahr, es fehlt uns nicht an Gesetzen, wodurch alle Gewaltthätigkeiten verboten und be-straft werden; allein wir glauben auch, daß die-ses auf keine schicklichere und anpassendere Art ge-schehen könne, als wenn man denjenigen, der sich selbst mit Gewalt Recht zu verschaffen sucht, seines Rechts zur Strafe für verlustig erklärt. Dies wird das beste Mittel seyn, den zügellosen und unruhigen Bürger im Zaum zu halten. An-dere Strafen, sie mögen in Geld oder Gefängniß bestehen, werden ihren Endzweck nicht erreichen. Zufrieden damit, daß man sich selbst Recht ver-schaffet, daß man seine Rachbegierde gestillet, und seinem Mitbürger mit Gewalt das entrissen, was man auf dem Wege Rechtens von ihm hätte er-halten können, wird man sich über alle Gesetze

hinwegsetzen, und gerne eine kleine Bestrafung dulden. Aber legt das Gesetz demjenigen, der sein eigner Richter gewesen, auf, die seinem Schuldner mit Gewalt entrissene Sache wieder herauszugeben, und erkennet ihn dazu noch seines Rechts für verlustig, so muß das in der That noch weit mehr als alle andere Strafen abschrecken.

§. 9. Doch um der Sache noch näher zu kommen, wollen wir nach der im 7ten §. angeführten Ordnung zeigen, daß jene Strafe durch kein einziges Gesetz abgeschaft, vielmehr ausdrücklich genehmiget sey.

In dem geistlichen Recht, welches doch so oft von dem römischen Recht abweicht, finden wir keine einzige Spur, aus welcher wir auf eine Abänderung desselben in diesem Stück schließen können, vielmehr finden wir genug Spuren, worin in ähnlichen Fällen dergleichen Gewaltthätigkeiten mit dem Verlust des Rechts, welches einer gehabt, sind bestraft worden. So verordnet nämlich der Pabst Bonifacius der achte, daß derjenige, der sich mit Gewalt in ein Beneficium eingedrungen, desselben verlustig seyn solle f), und das giebt uns schon einen nicht undeutlichen Grund, daß keineswegs jene Verordnung des römischen Rechts aufgehoben sey. — Zwar wollen die Gegner auch Stellen aus diesem Recht anfüh-

f) Cap. 18. de praeb. in 6.

anführen, woraus sie auf die Abschaffung jener Strafe schliessen. Sie führen zu dem Ende folgende Stelle an: *adhaec cum contingat, actorem multoties mittendum esse in possessionem causa rei seruandae, propter absentiam partis aduersae, et per eius dolum siue potentiam non possit rem custodiendam nancisci, ac imminenti fine anni reus (ne possessionem amittat) debitam offerat cautionem, cuiusmodi poena sit multandus, qui iussioni non paruit iudicis, a nobis tua fraternitas requisiuit? ad quod dicimus, quod in ecclesiasticis personis et negotiis rigor et districtio iuris non requiritur: sed cum iustitia per hoc non periclitetur, pariter admitti debet, cum reus per cautionem standi in iudicio se adstringit* g).

Wer sieht aber nicht, daß in diesem Kapitel jener Fall gar nicht entschieden, sondern daß vielmehr darin von einem ganz andern Fall geredet werde. Nach dem römischen Recht konnte derjenige, der einen andern, welcher in den Besitz einer Sache gesetzt war, böslicher Weise hinderte, den Besitz der Sache zu erlangen, belangt werden, den Schaden zu ersetzen, den der andre dadurch, daß er nicht in Besitz gekommen, erlitten: von dieser Verordnung macht das geistliche Recht in Absicht der geistlichen Personen eine Ausnahme, und redet von dem Ungehorsam, der dadurch

g) Cap. 1. X. de dol. et contum.

durch begangen war, daß man denjenigen, der in Besitz gesetzt worden, nicht zulassen wollte.

§. 10. Eben so finden wir auch in dem Lehnrecht ähnliche Strafen. So bestrafet das longobardische Lehnrecht die Untreue des Lehnsherrn gegen seinen Vasallen mit der Beraubung des Lehns h); und so würde auch der Vasall, wenn er sich eigenmächtig in den Besitz des Lehns gesetzt hätte, gleichfalls des Lehns für verlustig erklärt werden müssen i). Wir sehen aber auch hieraus, daß solche Verordnungen, worin der Verlust des Rechts darauf gesetzt ist, wenn sich einer selbst Recht verschafft, keinesweges mit unsrer Staatsverfassung streiten, sondern vielmehr ausdrücklich in unsern Rechten eingeführt sind.

§. 11. Allein was noch unserer Behauptung den größten Ausschlag geben muß, ist dieses, daß nicht nur in vielen ältern und neuern Provinzialgesetzen k), sondern auch selbst in den Reichsgesetzen l) jene Verordnung des Kaisers Mar:

h) 2 feud. 6. 2 feud. 26. §. domino. 2 feud. 33. §. 1. 2 feud. 47.

i) Bardili ad L. 7. C. vnde vi.

k) Ius prou. Sax. lib. 3. art. 43. Ius prou. Boruss. lib. 3. art. 3. §. 1. Ius prou. Sax. tit. 5. Ius Bauaric. tit. 20. art. 11. Ius Dithmar. art. 90.

l) K. G. O. v. J. 1521. Tit. 32. §. 2. K. A. 1532. Tit. 3. §. 15.

Markus angenommen sey. Es würde überflüßig seyn, hier alle die Stellen aus den verschiedenen Landesgesetzen herzusetzen, da wir freilich davon nicht einen allgemeinen Schluß auf das ganze deutsche Reich herleiten könnten; allein uns scheint es doch, dadurch so viel erweisen zu können, daß man gewiß ohne Grund von der Gegenseite die Anwendung jenes Edikts läugnet. Immer wird es doch bey der Frage: ist jene Verordnung des Kaisers Markus auch heut zu Tage noch im Gebrauch? darauf ankommen, ob davon etwas in den Landesgesetzen verordnet sey oder nicht. Im ersten Fall ist es unstreitig, daß man in vorkommenden Fällen nach den Landesgesetzen sprechen müsse; im andern Fall aber müssen wir bey dem römischen Recht bleiben, da wir einmal selbiges angenommen, und keine Abänderung in diesem Stück gemacht ist. Ja wir sind schuldig, uns nach dessen Vorschrift genau zu richten, da selbst die Reichsgesetze jenes Edikt ausdrücklich befolgt wissen wollen. Zum Beschluß wollen wir folgende Stelle aus der in der Note l) angeführten Kammergerichtsordnung hersetzen: **Und ob sich je zu Zeiten begebe, daß einer hohen und niedrigen Standes den andern entsetzt, und des mit Recht überwunden wäre, in Sachen, die den Friedbruch mit belangen, soll der Entsetzer dadurch** *directum dominium*, **das Eigenthum, oder Hauptgerechtigkeit der Güter oder Gerechtigkeit, um die der Streit gewesen, verloren haben. So aber**

dieselbigen Güter oder Gerechtigkeit gedachtem Entsetzer mit ihrem Eigenthum nicht zugehören, soll er deren Werth dem Entsetzten nach Ordnung gemeiner Rechte, zu geben schuldig seyn.

Zwey und funfzigste Meditation.

Wenn jemand wider das anastasianische Gesetz für eine geringere Summe eine Forderung von einem Dritten an sich gekauft hat, so kann er nicht mehr von dem Schuldner einklagen, als er für die Forderung gegeben hat; was darüber ist, lucrirt der Schuldner.

§. 1.

Es ist unter gewissen Umständen allerdings erlaubt, von einem Dritten eine Forderung, die er an einen andern hat, an sich zu kaufen, und einzuklagen: allein sobald man diese Forderung für eine geringere Summe an sich kauft, so kann man auch der Regel nach nicht mehr von dem Schuldner einfordern, als man wirklich für diese Forderung gegeben hat. Der Kaiser Anastasius

stasius a) hat zuerst diese Verordnung gemacht, und Justinian hat sie nur noch etwas weiter ausgedehnt b).

§. 2. Wenn nun aber jemand wider diese gesetzliche Verordnung eine Forderung für eine geringere Summe an sich gekauft hat, wem soll dasjenige, was über diese Summe ist, zufallen?

Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hierüber sehr verschieden. Einige schreiben es dem Verkäufer c), andere dem Fiskus d), noch andere dem Schuldner e) zu. Von diesen verschiedenen Meinungen scheint uns die letztere die

X 3 gegrün-

a) L. 22 C. mandati.

b) L. 23 C. eod. tit.

c) *Carpzov* P. 2. const. 30. def. 37. *Berlich* P. 1. dec. 35. *Franzkius* Lib. 1. resp. 9. n. 19. *Boehmer* introd. in ius digest. tit. de compens. §. 12.

d) *Carpzov* Lib. 5. resp. 33. n. 18 sqq. *Mevius* P. 3. dec. 1. n. 3. et in discuss. leuam inop. debit. Cap. 7. n. 23 et 24.

e) *Struv* ex. 23. §. 80. *Sande* de cession. action. Cap. 11. n. 10. *Brunnemann* ad L. 23. C. mandati n. 5. *Richter* P. 1. dec. 36. n. 24. *Schilter* ex. 30 §. 84 seqq. *Finkelthaus* obs. 17 *Stryk* caut.-contr. Sect. 4. cap. 2 §. 12. *Cocceii* I. C. tit. de Compensat. qu. 27. *Cramer* Tom. 1. obs. 287.

gegründetste zu seyn, und dieses werden wir nicht besser zeigen können, als wenn wir hier vorher erst die beyden erstern Meinungen durchnehmen.

§. 3. Dem Verkäufer, oder denjenigen, welcher seine Forderung an einen Dritten für eine geringere Summe abgetreten hat, soll um deswillen dasjenige, was über diese Summe ist, zufallen, theils weil dieser in *bona fide* ist, und nichts strafbares begeht, wenn er seine Forderung für eine geringere Summe verkauft, theils weil ihm in den Gesetzen dieses Superfluum nicht in allen, sondern nur in drey bestimmten Fällen f), wo nämlich eine fingirte Schenkung da ist, genommen ist.

§. 4. Erstern Grund können wir nicht immer als richtig eingestehen; und gesetzt, er wäre es auch, so würde er hier doch dieser Meinung keinen Ausschlag geben, so bald wir zeigen können, daß der letzte Grund falsch ist.

Kaiser

f) L. 23. §. 1 C. mandati — — Sed omne quod superfluum est, et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex vtraque parte censemus: et neque ei qui cessit actiones, neque ei qui eas suscipere curauit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes, esse vtrique eorum actionem.

Kaiser Anastasius handelt in der *L. 22. C. mandati* blos von dem Verkauf einer Forderung um einen geringen Preis, und verordnet darin, daß derjenige, dem eine solche Forderung für eine geringere Summe abgetreten ist, von dem Schuldner nicht mehr verlangen könne, als er selbst für die Forderung gegeben hat g). Justinian erweitert diese Verordnung des Kaisers Anastasius in der *L. 23 C. mand.* und will, daß auch bey fingirten Schenkungen diese Verordnung statt haben, und der Cedens so wenig als der Cessionarius wegen des Superfluum eine Klage gegen den Schuldner haben solle.

§. 5. Es ist also falsch, daß der Verkäufer, oder der eine Forderung an einen Dritten für einen geringen Preis abtrit, in andern, außer den im Gesetz benannten drey Fällen ein Recht habe, das Superfluum von dem Schuldner zu fordern; denn die *L. 23. C. mandati* macht in diesen drey Fällen keine Ausnahme von der Regel, sondern sie erweitert nur die in der *L. 22. C. mandati* enthaltene Regel. Man kann also nicht behaupten, daß in der *L. 23. C. mandati*, blos als Ausnahme in den drey darin bemerkten

g) — vt, si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, vsque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem, et vsurarum eius actiones exercere permittatur.

Fällen, dem Cedens das Superfluum genommen sey, in andern Fällen aber nicht; sondern wir müssen vielmehr annehmen, daß hier jene Regel noch mehr erweitert, und also in diesen drey Fällen überdem noch ihm sein Recht an dem Superfluum genommen sey.

§. 6. Aber gesetzt, wir wollten auch zugeben, daß die *L. 23 C.* nicht weiter als auf die darin erwähnten Fälle dürfte gezogen werden, würde daraus der Verkäufer seiner Forderung wohl einigen Vortheil in andern, in dem Gesetze nicht bemerkten Fällen haben, und hier das Superfluum verlangen können? Wir müssen dieses verneinen; denn wir finden kein Gesetz, da ihm dieses überhaupt zuerkannt ist. Jene Erklärung dieses Gesetzes hilft also der Gegenseite auf keine Weise, und giebt keinen Grund für ihre Meinung. — Und wie kann auch mit Recht der Cedens einen gegründeten Anspruch auf das Superfluum machen? So bald er seine Forderung cedirt, behält er weiter kein Recht daran, sondern er bringt dieses alles auf den Ceßionarius. Kann dieser nun nicht mehr einklagen, als er für die Forderung gegeben hat, — wie alle Gegner selbst eingestehen, — so folgt von selbst, daß der Cedens, der durch die Abtretung dieser Forderung seinem ganzen Recht daran entsagt hat, auch kein Recht mehr an ihr haben könne. Hiegegen machen zwar die Gegner den Einwurf, daß die Ceßio, wenn sie für einen geringern Preis geschehen,

hen, wegen des Superfluum dem Cedens nicht schade, und eben so, als wenn sie nicht geschehen, gehalten würde: allein können dies die Gegner generell und unbestimmt behaupten, so müssen sie auch zugeben, daß auch bey einer böslichen Ceßion der Cedens das Superfluum fordern könne.

§. 7. So wenig wie der Cedens oder Verkäufer, so wenig kann auch der Fiskus das Superfluum verlangen. Die dies behaupten, sagen, der Verlust des Superfluum sey eine Strafe h), und gehöre also dem Fiskus. Allein dieses folgt nicht aus einander, wenn man auch zugeben wollte, daß dies eine Strafe sey. Vielmehr wird der Ausdruck in diesem Gesetze: *iactura mulctentur*, nicht von einer Geldstrafe, die dem Fiskus zufällt, sondern von dem Verlust der Sache genommen. Ueberdem dürfen wir auch zum Besten des Fiskus, wider die Gesetze keine neue Strafen einführen, und dies müßten wir hier nothwendig thun.

§. 8. Eben so wenig paßt hier auch der Grund, den die Gegner von der *vsuraria prauitas* hernehmen, wo nach den Reichsgesetzen der Obrigkeit wegen dieses Verbrechens ein Theil des Kapitals zufällt; denn hier ist von einer verkauften Forderung für einen geringern Preis, wo von Seiten des Käufers so wenig als des Verkäufers

h) L. 2 C. ne liceat pot.

eine vsuraria prauitas kann begangen werden, da ersterer nicht mehr, als was er für die Forderung gegeben hat, einklagen kann, letzterer aber keinen Wucher treibt, wenn er seine Forderung geringer verkauft, — die Rede. Wir können daher auch, wegen der großen Ungleichheit unter beyden Fällen, unmöglich jene Verordnung auf unsern Fall ausdehnen.

§. 9. Kann nun so wenig der Verkäufer oder Cedens, als der Fiscus einen Anspruch auf das Superfluum machen, so folgt schon von selbst, daß der Schuldner dieses lucriret.

Dieses läßt sich auch noch daraus erweisen, theils weil das anastasianische Gesetz zum Besten der Schuldner gegeben ist, theils weil sonst dieses Gesetz keinen Nutzen haben würde, wenn der Käufer einer Forderung das, was er bezahlt hat, und der Verkäufer das, was über die Kaufsumme von der Forderung übrig bleibt, von dem Schuldner einklagen könnte. Was würde also jetzt dieses Gesetz für eine Wirkung haben? Dem Schuldner würde dadurch auf keine Weise geholfen. Allein auch selbst unsere Gesetze geben es nicht undeutlich zu erkennen, daß der Schuldner das Superfluum seiner Schuld lucriren soll. Denn so spricht die *L. 23. §. 1.* und *2. C. mandati*, den Schuldner von allen Ansprüchen in so weit frey, wenn es darin heißt: *vel aliquam con-*

contra debitores, vel res ad eum pertinentes, esse vtrique eorum actionem; ferner im zweyten §.: *et si hoc a debitore persoluatur, nulla contra eum vel substantiam eius ex dissimulata donatione oriatur molestia.* Eben so bestätigt dieses auch die *Auth. minoris C. qui dare tutor. poss.* in den Worten: *Nec is qui cesserit agere debet, cum in legem commiserit.*

§. 19. Die diesseitige Meinung hat also gewiß vor den beyden andern sehr viel zum voraus. Und wenn wir auch gleich annehmen wollten, daß die Gesetze nicht ganz deutlich dem Schuldner das Superfluum zuerkannt hätten, so würde sie doch noch immer den gegenseitigen Meinungen vorzuziehen seyn. Eines Theils haben die Gegner kein einziges Gesetz, welches ihre Meinung begünstiget, vielmehr sind sie ihnen alle entgegen, besonders diejenigen, die dem Cedens oder Verkäufer das Superfluum zusprechen; andern Theils kann auch der Fiscus kein Recht an demjenigen, was über die Kaufsumme von der Forderung übrig bleibt, verlangen, weil es ihm die Gesetze nicht zuerkennen, und wir auch nach Gefallen keine fiscalische Strafen einführen dürfen. Müssen also die Gegner zugeben, daß zu ihrem Vortheil die Gesetze auf keine Weise können erklärt werden, so bleibt es wohl richtig, daß wir immer, selbst wenn die Sache auch zweifelhaft seyn sollte, für den Schuldner sprechen müssen.

sen, da hauptsächlich jene Verordnung vom Kaiser Anastasius und Justinian zu dieses seinem Besten gegeben ist.

✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠

Drey und funfzigste Meditation.

Der Käufer muß die Gefahr der gekauften Sache tragen, wenn sich auch gleich der Verkäufer des Eigenthums darauf, wegen nicht bezahlten Kaufschillings, sollte vorbehalten haben.

§. 1.

Es kan sich oft zutragen, daß jemand, der eine Sache verkauft, und nicht gleich den Kaufschilling dafür erhält, sich zu seiner Sicherheit ein Eigenthum auf die verkaufte Sache so lange vorbehält, bis der Käufer den Kaufschilling völlig abgetragen hat. Wenn nun während dieser Zeit die gekaufte Sache durch einen Unglücksfall untergeht, wer soll diesen Schaden tragen, der Käufer oder Verkäufer? Dem ersten Anschein nach sollte man wohl freilich denjenigen Rechtsgelehrten a) zuerst beytreten, die den Verkäufer

a) *Carpzov* Lib. 1. resp. 108. *Schilter* ex. 30. §. 57.

käufer hier die Gefahr der Sache tragen lassen, da er sich das Eigenthum daran vorbehalten hat, und also auch als Herr für alle Unglücksfälle selbst stehen muß; allein wir hoffen, bey einer nähern Prüfung der gegenseitigen Gründe zeigen zu können, daß diese Meinung mit den Gesetzen auf keine Weise bestehen kann.

§. 2. Wir wollen vorher erst kurz die Gründe anzeigen, die uns zu der Meinung, daß nämlich der Käufer alle Unglücksfälle und die Gefahr der Sache tragen müsse, wenn sich der Verkäufer gleich das Eigenthum darauf vorbehalten hat, bewogen, welche auch verschiedene Rechtsgelehrte b) der andern vorgezogen haben. —

So bald nämlich ein Kauf vollkommen ist, so ruht alle Gefahr der gekauften Sache auf dem Käufer c). In unserm Fall aber ist allerdings schon der Kauf vollkommen, da alle Erforder- nisse

§. 57. *Boehmer* introd. in ius digest. tit. de contrah. emt. §. 31.

b) *Struv* ex. 23 §. 98. *Brunnemann* ad L. 8 ff. de peric. et comm. rei vend. n. 8. *Stryk* V. M. tit. de per. et comm. rei vend. §. 2 et in caut. contract. Sect. 2 cap. 8. §. 25.

c) L. 8 ff. de per. et comm. rei vend. — nam perfecta emtione, periculum ad emtorem respiciet. L. 1. 4. 5. C. eod. tit.

nisse eines Kaufs da sind. Denn wenn gleich der Verkäufer sich das Eigenthum blos zu seiner Sicherheit an der Sache vorbehalten hat, so schadet dies dem Wesen des Contrakts nicht, und der Kauf erlangt dem ohngeachtet so gut seine volle Kraft und Gültigkeit, als wenn jener Beding dem Kaufe nicht angehängt wäre. Ist also jener Satz richtig, daß bey einem vollkommnen Kauf der Käufer so wohl allen Schaden als Vortheil trägt, so müssen wir diesen Satz auch hier nothwendig so lange zur Regel annehmen, bis wir in den Gesetzen in diesem Fall eine besondere Ausnahme antreffen: diese können uns aber die Gegner selbst in unserm ganzen Gesetzbuch nicht zeigen.

§. 3. Sie wenden zwar wider die diesseitige Meinung ein, daß sie offenbar wider den bekannten Rechtssatz stritte: daß eine jede Sache ihrem Herrn untergienge d). Da hier also der Verkäufer sich das Eigenthum von der gekauften Sache vorbehalten hätte, so müste er auch allen Schaden davon tragen. Allein wir werden zeigen, daß dieser Einwurf von keiner Erheblichkeit sey. Eines Theils ist es nicht allemal wahr, daß der Eigenthümer den Schaden immer tragen müsse, da selbst der Verkäufer durch ausdrückliche

d) L. 9 C. de pign. act.

liche Verordnungen der Gesetze e) hievon freyge- sprochen ist, wenn er auch noch die Sache dem Käufer nicht übergeben hat, ob er gleich, wie die Gegner selbst eingestehen müssen, alsdenn noch Herr von der Sache ist; andern Theils trägt der Herr einer Sache auch nicht den Scha- den und die Gefahr, wenn er zugleich debitor rei, wie der Verkäufer vor der Uebergabe, ist: denn dieser ist durch die Gesetze völlig davon frey gesprochen f). Ist also jener Einwurf der Gegner nicht allgemein richtig, ja ist selbst der Verkäufer vor der Uebergabe der verkauften Sache noch Herr davon, und doch nicht verbun- den, für allen Schaden zu stehen, der sich durch einen Unglücksfall oder ohne seine Schuld an der Sache ereignet: wie vielmehr muß hievon der Verkäufer nach der Uebergabe der Sache frey seyn, wenn er sich nur blos zur Sicherheit des Kaufschillings ein Eigenthum daran vor- behalten hat! besonders da dieser Beding nur blos zu seinem Nutzen dem Kaufcontrakt ange- hängt ist, und daher auch nicht zu seinem Nach- theil darf ausgedeutet werden g).

§. 4.

e) §. 3. I. de emt. et vend. Quum autem em- tio et venditio contracta sit, periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, *tam etsi ea res emtori tradita non sit.* L. 35. §. 4. de contr. emt. vend. L. 12. 13 C. de act. emt. vend.

f) L. 23 in fin. ff. de reg. iur.

g) L. 6 C. de legib.

§. 4. Die Gegner wenden hierwider ein, daß es nicht immer wahr sey, daß der Käufer auch vor der Uebergabe der Sache den Schaden davon und die Gefahr tragen müsse, und beziehen sich zu dem Ende auf die *L. 33 ff. locati*, worin gesagt wird: *Si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex emto. Quod hactenus verum erit, vt pretium restituas, non vt id praestes, si quid pluris mea interest eum vacuum mihi tradi* h).

Allein in diesem Gesetz ist, wie ein jeder leicht einsieht, nicht von einem gänzlichen Untergang der gekauften Sache die Rede, sondern sie existirt noch wirklich, und daher war auch der Verkäufer nach diesem Gesetz schuldig, dem Käufer den Kaufschilling wieder heraus zu geben. Denn unter der Bedingung kauft wohl jeder eine Sache, damit sie ihm der Verkäufer geben soll; kann er dieses aber aus eigner Schuld nicht, wie hier, z. B. wenn ein Dritter ein größer Recht daran hat, so ist er auch verbunden, den Kaufschilling wieder herauszugeben. — Doch wir brau-

h) Die verschiedenen Erklärungen dieses Gesetzes kan man sehen bey *Faber* coniectur. iur. ciuil. Lib. 2. cap. 4. *Harprecht* ad I. tit. de emt. et vend. §. 3. n. 18. *Hunnius* resol. iur. civ. Lib. 3. tr. 7. P. 1. qu. 7. n. 4. *Cocceii* I. C. tit. de per. et commod. rei vend. qu. 2.

brauchen uns bey diesem Gesetz nicht länger zu verweilen, da es in der That gar nichts von unserm Fall enthält, und daher auch alle Widerlegung überflüßig wird.

§. 5. So unrichtig wenden die Gegner Gesetze auf diesen Fall an, der so wenig daraus nur einigermaßen kann erwiesen werden, und die auch unserm Satz gar nicht entgegenstehen, wenn wir sie nur mit weniger Aufmerksamkeit betrachten wollen.

Allein wenn wir hievon auch gänzlich abstrahiren, würde wenigstens nicht dadurch unsere Meinung ein grosses Gewicht verlieren, wenn die Gesetze bey einem bedingten Verkauf den Verkäufer den Schaden und die Gefahr tragen lassen i)? Dies ist noch ein Hauptgrund, den die Gegner für ihre Meinung gebrauchen.

Es ist bekannt, daß eine conditio entweder suspensiua, oder resolutiua ist. Zu ersterer können wir ein pactum reseruati dominii auf keine Weise zählen; denn der Kauf wird hier gar nicht suspendirt, sondern er erhält gleich seine volle Gültigkeit. Wollen wir also der Gegenseite viel einräumen, so können wir den Beding bey einem Kauf, wo sich der Verkäufer zur Sicher-

i) L. 8 ff. de per. et comm. rei vend.

cherheit des Kaufschillings ein Eigenthum an der Sache vorbehält, höchstens als eine conditio resolutiua ansehen, und bey dieser muß immer der Käufer die Gefahr und den Schaden tragen k).

§. 6. Endlich will der Grund, den noch besonders Schilter l) anführt — daß nämlich die Gesetze deswegen dem Käufer allen Schaden zu tragen auferlegt hätten, damit er desto eher den Kaufschilling bezahlte; wenn aber hierin der Verkäufer dem Käufer Fristen verstattet, und sich das Eigenthum vorbehalten hätte, so hätte er auch zugleich darin mit gewilliget, den Schaden und die Gefahr unter der Zeit zu tragen — hier gar nichts sagen.

Denn wo ist dieser Grund durch die Gesetze bestätigt? Und gesetzt, er wäre es auch, so wird er ganz gezwungen hierauf ausgedehnt. Denn so bald jemand sich ein Eigenthum an der verkauften Sache vorbehält, so thut man nichts weiter, als daß man für seine Sicherheit sorgt; dies ist die Hauptabsicht, nicht daß man den Käufer hiedurch begünstigen will. Dies würde man

k) L. 2 ff. de in diem cond. *Stryk* V. M. tit. de contrah. emt. §. 31.

l) In der Note a) angeführten Stelle.

man aber thun, wenn der Käufer allen Vortheil aus der Sache ziehen, der Verkäufer hingegen allen Schaden tragen sollte.

§. 7. Wenn wir nun beyde Meinungen, ohne die Gesetze zu Hülfe zu nehmen, blos nach der Billigkeit prüfen wollen, so wird auch die diesseitige, unpartheiisch zu urtheilen, immer den Ausschlag erhalten. Der Verkäufer erhält dadurch, daß er sich ein Eigenthum an der verkauften Sache vorbehält, gar keinen, der Käufer hingegen sehr vielen Vortheil: denn er benutzt zugleich die gekaufte Sache und den Kaufschilling; er hat sie ferner im Besitz und kann sie daher als sein völliges Eigenthum betrachten, und auf keine Weise sich darüber beklagen oder es einem andern zuschreiben, wenn er durch einen Unglücksfall die Sache verliert; endlich beruht es blos auf ihm, den Kaufschilling zu bezahlen, und er kann sich daher auch nicht dadurch, daß er ihn nicht bezahlt, mehrern Vortheil als ein anderer Käufer erwerben. — Hat hingegen nun wohl der Verkäufer den geringsten Vortheil hieraus zu erwarten? und würde daher nicht schon die gegenseitige Meinung gegen alle Billigkeit anstoßen, wenn der Verkäufer allein allen Schaden tragen, der Käufer hingegen allen Vortheil ziehen sollte? Eine unpartheiische Entscheidung muß nothwendig zu unserm Vortheil ausfallen. Allein da diese Frage so viel bestritten wird, so ist es für

den Verkäufer die beste Cautel, sich das Eigenthum an der Sache, zugleich aber ohne die Gefahr und Schaden zu tragen, vorzubehalten. Hierdurch wird er allem Streit am besten ausweichen, und sich auf das gewisseste wegen des Kaufschillings sichern können.

Vier und funfzigste Meditation.

Die Enterbung findet wegen solcher Ursachen nicht Statt, die in der Novelle 115. Kap. 3 und 4. nicht ausgedrückt sind.

§. 1.

Justinian hat zuerst in der Novelle 115 Kap. 3 und 4, die Ursachen zusammengetragen, die vorher in verschiedenen Gesetzen zerstreuet waren, weswegen Eltern ihre Kinder, und umgekehrt Kinder ihre Eltern enterben können, und dabey verordnet, daß blos wegen der angeführten Ursachen die Enterbung erlaubt seyn sollte a). Einige Rechtsgelehrte haben hiebey die Frage

a) Nou. 115. cap. 3. — Sed quia caussas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diuersis legibus dispersas, et non aperte declaratas inuenimus: quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt: aliae vero cum essent dignae, praetermissae sunt: ideo necessarium esse perspeximus eas *nominatim* praesenti lege comprehendere, *vt praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis caussas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur.*

aufgeworfen, ob wenigstens nicht wegen anderer ähnlichen und wichtigen Ursachen, als die in der Novelle enthalten, z. B. wenn der Sohn ein Hochverräther ist, wenn er mit seiner Schwester Blutschande begangen, wenn er gestohlen, wenn die Tochter ein unehliches Kind gehabt rc. die Enterbung erlaubt sey? Die Entscheidung dieser Frage ist verschieden ausgefallen, und hat von beyden Seiten starke Vertheidiger gefunden.

§. 2. Wir folgen hier der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten b), welche die Enterbung nicht anders, als wegen der in der Novelle bemerkten Ursachen zulassen, und machen dabey die Distinction: ob nämlich die in der Novelle nicht bestimmten Ursachen unter den bestimmten schon mit enthalten sind, z. B. wenn der Sohn seinen Vater durch einen andern schlagen, oder anklagen läßt rc.; oder ob sie nicht mit darunter

b) *Treutler* disp. Vol. 1. disp. 13. th. 8. *Hunnius* var. resol. iur. Lib. 2. Tr. 5. qu. 19. *Harprecht* ad I. tit. de exh. liber. §. fin. n. 65 sqq. *Hilliger* ad Donell. Lib. 6. Cap. 12. lit. L. *Coccеii* qua sit genuina resolutio controuersiae circa causas exheredat. liberorum. Vol. 2. ex. curios. pap. 1214. *Stephani* ad Nou. 115. n. 19 sq. *Schlitt* de eo quod iustum est circa ingratitudinem Cap. 2 §. 27 seqq. *Stryk* caut. testam. Cap. 19. §. 22 sqq. et in disp. de priuatione successionis Cap. 2. §. 10 sqq. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 8.

unter begriffen sind, wie in den oben angezeigten Fällen. In jenem Fall lassen wir die Enterbung zu, nicht in diesem.

§. 3. Zur Begründung unserer Meinung beziehen wir uns vornehmlich auf die eigenen Worte des Kaisers Justinian, in der Novelle 115. Kap. 3, die wir schon oben in der Note a eingerückt haben, worin er ausdrücklich sagt: daß es keinem erlaubt sey, aus andern, als in dieser Novelle angeführten Ursachen jemanden zu enterben. Diese Verordnung ist so klar, daß ihr die Gegner selbst keine gegründete Zweifel machen können.

Es würde auch in der That sehr unnütz und überflüßig gewesen seyn, gewisse festgesetzte Ursachen der Enterbung zu bestimmen, wenn unser Gesetzgeber noch andere als diese zulassen, und dem Gutdünken des Richters dieses hätte überlassen wollen. Ja es würde auch nichts als ein grosser Streit, und oft erst viele Weitläuftigkeiten darüber entstehen, zu bestimmen, welches rechtmäßige Ursachen zur Enterbung seyn, wenn man die im Gesetz bestimmten Ursachen weiter ausdehnen und mehrere dazu rechnen wollte, als einmal festgesetzt sind.

Und diesem Streit und Weitläuftigkeiten hat doch Justinian durch seine neue Verordnung der Novelle vorbeugen wollen, sonst hätte er es ja nur bey dem alten Recht lassen können, und

nicht nöthig gehabt, alle Ursachen zur Enterbung aus den ältern Gesetzen aufzusuchen, und diejenigen, die ihm zur Enterbung wichtig genug schienen, in ein Gesetz zusammenzutragen, auch ausdrücklich den Anhang dabey zu machen, daß dieses künftig nur die einzigen Ursachen der Enterbung seyn sollten.

§. 4. Setzen wir jenes aus den Gesetzen hier voraus, so folgt schon von selbst, daß wir offenbar wider den Willen und die Intention des Gesetzgebers handeln, wenn wir noch andere, als die in der Novelle bestimmten Ursachen der Enterbung zulassen wollen. Aber wir handeln nicht blos wider den Willen des Gesetzgebers, sondern wir stoßen auch gerade wider jenen Satz an, daß man die Enterbungen nicht begünstigen c), und überhaupt solche Verordnungen, die eine Strafe nach sich ziehen, eher einschränken als ausdehnen müsse d). Also auch selbst nach dieser Regel kann die gegenseitige Meinung nicht einmal bestehen.

§. 5. Wollten wir ferner annehmen, daß auch aus andern, als in der Novelle bestimmten Ursachen eine Enterbung zuläßig sey, was würde

c) L. 19 ff. de liber. et post. hered. — exheredationes autem non essent adiuuandae.

d) L. 42 ff. de poenis. Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae. Cap. 15 et 49. de reg. iur. in 6.

de daraus folgen? Würde ein solches Testament, worin dergleichen Enterbungen enthalten wären, nicht der Novelle selbst entgegenstehen? und thut es dies, so erklärt dieses Gesetz ein solches Testament für null und nichtig, und will, daß den Kindern durch eine solche Enterbung kein Nachtheil zuwachsen solle e).

Wir hoffen, daß wir durch diese Gründe unsere Meinung vorerst genug werden erwiesen haben; es würde uns sonst nicht schwer fallen, noch mehrere anzuführen. Wir wollen also jetzt nur blos noch die Gründe, worauf die Gegner f) ihre Meinung stützen, anführen, und kurz zu widerlegen suchen.

§. 6. Sie glauben, wenn gleich Justinian in der Novelle 115 gewisse Ursachen der Enterbung angeführt hätte, so könnte man deswegen nicht andere ähnliche und wichtigere Ursachen ausschließen, weil eines Theils Justinian unmöglich

e) Nou. 115. cap. 3. in fin. — Si autem haec obseruata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari etc.

f) *Gomez* var. resol. Tom. 1. Cap. 11. n. 12. *Vosquius* de success. progr. Lib. 2. §. 17. n. 101. *Clarus* sent. Lib. 3. §. testament. qu. 41. *Fachineus* contr. iur. Lib. 6. Cap. 78. *Huber* prael. ad I. tit. de liber. exher. §. 10. *Struv* ex. 32. §. 33. *Christineus* Vol. 4. dec. 19. n. 5. *Walch* contr. iur. Sect. 2. Cap. 4. membr. 2. §. 15.

hätte alle Fälle so genau bestimmen können, andern Theils weil es lächerlich seyn würde, wenn man wichtigere Ursachen zur Enterbung ausschliessen, und sich so genau an die Worte des Gesetzes halten wollte.

Dieser Einwurf ist in der That von weniger Erheblichkeit, und besonders hier, wo Justinian ausdrücklich selbst befohlen hat, daß wegen anderer, nicht in dem Gesetz bemerkten Ursachen keine Enterbung Statt finden sollte. In dem Fall also, wenn der Gesetzgeber nur gewisse Ursachen festgesetzt hat, und keine andere zulassen will, dürfen wir auch nicht wider dessen Willen weiter die Verordnung ausdehnen, die er selbst einmal auf bestimmte Fälle eingeschränkt hat.

Ueberdem haben wir hier auch nicht mit bürgerlichen Strafen zu thun, denen jedes Verbrechen unterworfen ist, und wo wir allenfalls eher eine ähnliche Strafe auf ein ähnliches Verbrechen setzen dürfen, sondern mit Verlust des Erbrechts, das uns nie, ausser in den bestimmten Fällen darf genommen werden, und wo daher auch nicht von der bloßen Aehnlichkeit eines Falles auf den andern ein richtiger Schluß kann gemacht werden.

§. 7. Durch obiges haben wir nun schon zum Theil verschiedene Einwürfe der Gegner gehoben: als daß es einem Richter erlaubt sey, ein

Gesetz auf ähnliche Fälle auszudehnen g); daß ein Vasall auch aus andern, als den im Gesetz bestimmten Fällen des Lehns könnte verlustig erklärt werden h) u. d. gl. denn wenn wir gleich jene Einwürfe für sich als richtig eingestehen, so können wir sie doch nicht auf unsern Fall anwenden, da, wie wir oben weitläuftiger gezeigt, daß Justinian schon einmal gewisse Fälle der Enterbung festgesetzt, und dabey verordnet hat, bey diesen allein zu bleiben, und keine ähnliche zuzulassen. Wo aber einmal blos auf gewisse Facta eine bestimmte Strafe festgesetzt ist, da steht es auch nicht mehr bey dem Richter, sie auf ähnliche Fälle anzuwenden, besonders, wenn ihm dieses noch ausdrücklich vom Gesetzgeber verboten ist.

§. 8. Von gar keiner Erheblichkeit ist der Grund der Gegner, wenn sie behaupten wollen: weil es einem Vater erlaubt sey, seinen Sohn, der ein Verräther des Vaterlandes sey, zu tödten i), so sey es ihm auch erlaubt, ihn zu enterben. Sie nehmen hier ein Argument von dem Größern auf das Kleinere her, und dieses kann hier gar nicht bestehen. Denn theils ist der Grund zwischen beyden ganz verschieden; theils findet dieses Argument auch nicht Statt, so bald die Gesetze ein anders verordnet haben. Und dann ist

g) L. 11. 12 ff. de legibus.

h) 2 Feud. 24.

i) L. 35 ff. de religios. et sumt. fun.

ist jenes Verbrechen auch ein öffentliches Verbrechen, davon die Bestrafung schon dem Gericht überlassen ist; und gehört nicht zu den Privatbeleidigungen gegen die Eltern, darauf doch hauptsächlich die Enterbungen gesetzt sind. Ueberdem verwerfen unsere Gesetze selbst schon den Satz: daß es erlaubt sey, denjenigen zu enterben, den man tödten könne k); es kann also auf keine Weise der gegenseitige Grund hier einige Anwendung finden.

§. 9. Allein, wenn wir hier so genau die Verordnung der Novelle befolgen wollen, werden wir dadurch nicht uns selbst widersprechen, und zugeben müssen, daß alsdenn auch jene im zweyten §. gemachte Distinction grundlos sey, und eben so wider die Gesetze laufe?

Wir führten in jenem §. an, daß wegen solcher Ursachen, die schon unter den in der Novelle bestimmten Ursachen mit begriffen wären, z. B. wenn ein Sohn seinen Vater durch einen Dritten schlagen ließe, auch dann die Enterbung erlaubt sey. — Wir glauben nicht, daß dasjenige, was wir über diese Streitmaterie gesagt, jener Distinction im Wege stehe: denn man wird nicht leugnen können, daß jene Fälle, die wir oben angeführt haben, schon wirklich unter den in der Novelle bestimmten Fällen, wenn auch gleich nicht

k) L. 11 ff. de liber. et postum.

nicht namentlich, doch in der That mit enthalten sind, und also als keine neue Ursachen der Enterbung können angesehen werden. Und dann würde hier auch immer jene Regel gelten: was einer durch einen andern thun läßt, ist eben so gut, als wenn es einer selbst gethan hat. — Wir können also sicher bey jener Distinction bleiben, die auch so wohl mit der Intention des Gesetzgebers bey Entwerfung jener Verordnung über diesen Punkt vollkommen übereinstimmt, als auch den Gesetzen selbst immer die angemessenste ist.

Ende des ersten Bandes.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Overbeck, August Wilhelm,

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 1

Braunschweig [u.a.] (1788)

J.rom.m. 385 m-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566989-1
VD18 8025554X-001